3 1761 04569432 0

LOT
7/72/26

MÉLANGES DE DROIT ROMAIN

DÉDIÉS A

GEORGES CORNIL

MÉLANGES

DE

DROIT ROMAIN

DÉDIÉS A

GEORGES CORNIL

I

ALBERTARIO — JOBBÉ-DUVAL

210906
31:3:27

ANCIENNE MAISON D'ÉDITION
VANDERPOORTEN & Cº, SOC. AN.,
RUE DE LA CUILLER, 18, GAND

SOC. AN. RECUEIL SIREY,
22, RUE SOUFFLOT, PARIS 5e
Léon Tenin, Dir. de la Libr.

1926

Digitized by the Internet Archive
in 2009 with funding from
Ontario Council of University Libraries

http://www.archive.org/details/mlangesdedroit02corn

A

M. GEORGES CORNIL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES

A L'OCCASION

DE SA

XXX^{e} ANNÉE DE PROFESSORAT

BIBLIOGRAPHIE

des Travaux de M. Georges Cornil

Livres

1. *Etude sur la Publicité de la Propriété dans le Droit Romain. Thèse d'agrégation.* Bruxelles, Bruylant, 1890, in-8, 106 p.

2. *Du Louage de Services ou Contrat de Travail. Etude sur les Rapports juridiques entre les Patrons et les Ouvriers employés dans l'Industrie* (Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Paris : Prix Rossi). Paris, Thorin et fils, 1895, in-8, VII-408 p.

3. *L'Assurance municipale contre le Chômage involontaire.* Bruxelles, J. H. Moreau, 1898, in-8, XII-191 p.

4. *Traité de la Possession dans le Droit Romain, pour servir de Base à une Etude comparative des Législations modernes.* Paris, Fontemoing, 1905, in-8, xviii-608 p.

5. *Droit Romain. Aperçu historique sommaire, ad usum cupidae legum juventutis.* (Prix quinquennal des Sciences Sociales, 1917-1921). Bruxelles, Albert Vandeveld, 1921, in-8, x-746 p.

6. *Le Droit privé. Essai de Sociologie juridique simplifiée.* (Tome II de la Collection internationale des Juristes populaires). Paris, Marcel Giard, 1924, in-16, XVI-147 p.

Articles de Revues et Mélanges :

Académie royale de Belgique, Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques :

1. *Les Codes modernes et le Droit Romain.* Année 1912, p. 284-326.

2. *Quelques Considérations sur la Réception du Droit Romain en Allemagne.* Année 1919, p. 633-654.
3. *Entr'aide juridico-philologique.* Année 1924, p. 12-27.

L'Académie royale de Belgique depuis sa Fondation (1772-1922). Bruxelles, M. Lamertin et M. Hayez, 1922: *Histoire de la Classe des Lettres: Sciences juridiques,* p. 219-236.

Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger :

1. *Contribution à l'étude de la Patria Potestas.* Année 1897, p. 416-485.
2. *L'Evolution historique de la Vente consensuelle et la L. 50 D. de actionibus empti et venditi,* 19, 1. Année 1901, p. 136-160 et 526.

Revue de Droit International et de Législation comparée :

1. *A propos de deux Manuels d'Institutes.* Année 1898, p. 498-501.
2. *La promulgation du nouveau Code civil et les Publications des Romanistes en Allemagne.* Année 1900, p. 99-102.
3. *A propos d'un Discours rectoral : Quelques réflexions sur l'Enseignement du Droit Romain.* Année 1900, p. 653-659.
4. *La Volonté de Posséder et la Distinction entre la Possession et la Détention en Droit allemand.* Année 1907, p. 129-148.
5. *Philosophie et Droit privé : Résumé d'un Livre de M. le Professeur Sokolowski.* Année 1907, p. 382-414, 510-549 ; Année 1908, p. 421-442, 501-524, 616-644.
6. *Un Projet de Loi original : Les Sociétés de Travail collectif.* Année 1909, p. 91-99.
7. *Innovations du Code allemand de 1896 en matière de Possession.* Année 1910, p. 342-347.
8. *Notes sur le Problème des Origines du Droit.* Année 1910, p. 471-500.
9. *La Quaestio Domitiana et le Droit comparé.* Année 1913, p. 308-385.
10. *Notices bibliographiques,* dans les Années 1896-1914.

Mélanges Fitting, Montpellier, 2 Vol. in-8, 1907 :

La Protection possessoire dans les Leges romanae Barbarorum. Tome I, p. 255-285.

Mélanges P. F. Girard, Paris, 2 Vol. in-8, 1912 :

Debitum et Obligatio. Recherches sur la Formation de la Notion de l'obligation romaine. Tome I, p. 199-263.

Collaboration à :

La Revue sociale et politique (Auguste Couvreur), Bruxelles, années 1891, 1892, 1893, 1894, 1895.

La Riforma sociale, Turin, année 1896.

La Revue de l'Université de Bruxelles, depuis 1898.

DIRECTION

MM. Paul Collinet, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.

Fernand de Visscher, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Gand.

COLLABORATEURS

MM. Albertario E., professeur à l'Université catholique de Milan.

Andreadès A., professeur à l'Université d'Athènes.

Appleton Ch., professeur honoraire à l'Université de Lyon, correspondant de l'Institut.

Arangio-Ruiz V., professeur à l'Université R. de Naples.

Arno C., professeur à l'Université R. de Modène.

Astoul Ch., professeur à l'Université de Caen.

Bonfante P., professeur à l'Université R. de Rome.

Bortolucci G., professeur à l'Université R. de Modène.

Buckland W. W., professeur à l'Université de Cambridge

Collinet P., professeur à l'Université de Paris.

Cuq Ed., professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut.

Desserteaux F., Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon.

Duquesne J., Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Strasbourg.

Fliniaux A., professeur à l'Université de Toulouse.

de Francisci P., professeur à l'Université R. de Rome.

Frese B., professeur à l'Université de Latvie (Riga).

MM. Ganshof F.-L., chargé de cours à l'Université de Gand.
Garaud M., professeur à l'Université de Poitiers.
Guarneri Citati A., professeur à l'Université R. de Palerme.
Jobbé-Duval E., professeur honoraire à l'Université de Paris.
van Kan J., Doyen de la Faculté de Droit de Batavia.
de Koschembahr-Lyskowsky J., professeur à l'Université de Varsovie.
† Lefevre E., professeur à l'Université de Lyon.
Lévy-Bruhl H., professeur à l'Université de Lille.
Meylan Ph., professeur à l'Université de Lausanne.
Michon L., Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Nancy.
Monier R., agrégé, chargé de cours à l'Université de Lyon.
Naber J. C., professeur à l'Université d'Utrecht.
Noailles P., professeur à l'Université de Paris.
Petit E., professeur honoraire à l'Université de Poitiers.
Perozzi S., professeur à l'Université R. de Bologne.
Philippin A., docteur en Droit (Liège).
Riccobono S., professeur à l'Université R. de Palerme.
Sanchez Peguero C., professeur à l'Université de Saragosse.
von Sokolowski P., professeur à l'Institut Herder à Riga.
Stoicesco C., professeur à l'Université de Bucarest.
Taubenschlag R., professeur à l'Université de Cracovie.
Viard P., professeur à l'Université de Montpellier.
de Visscher F., professeur à l'Université de Gand.
Willems J., professeur à l'Université de Liège.
Zocco-Rosa A., professeur à l'Université R. de Catane.
de Zulueta F., professeur à l'Université d'Oxford.

Un exemplaire des *Mélanges de Droit Romain* a été offert par la Direction à

L'Académie Royale de Belgique (Bruxelles).
L'Académie des Inscriptions et Belles Lettres (Paris).
la R. Accademia dei Lincei (Rome).
The British Academy (Londres).
L'Académie royale d'Histoire (Madrid).
L'Académie Roumaine (Bucarest).
L'Académie Polonaise (Cracovie).

LISTE DES SOUSCRIPTEURS *

Bibliothèque de l'Université de Bâle
Faculté de Droit de Batavia
Ecole française de Droit de Beyrouth
Bibliothèque de l'Université de Bratislava
Bibliothèque du Barreau de Bruxelles
Bibliothèque de l'Université de Bruxelles
Bibliothèque de l'Académie Roumaine, Bucarest
Bibliothèque de la Faculté de Droit de Bucarest (3 exemplaires)
Library of Law, University of Chicago
Bibliothèque de l'Université de Dijon
Bibliothèque de l'Université de Fribourg (i. Br.)
Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université de Gand
Bibliothèque des Séminaires de la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Gand
Bibliothèque de l'Université de Gand
Bibliothèque Universitaire de Gênes.
Faculté de Droit de l'Université de Grenade
Bibliothèque des Séminaires de la Faculté de Droit et des Sc. politiques de l'Université de Graz (Autr.)

* Arrêtée le 16 mai 1926.

Bibliothèque Cantonale et Universitaire de Lausanne
Faculté de Droit de l'Université catholique de Lille
Bibliothèque de l'Université de Lund
Bibliothèque de la Faculté catholique de Droit de Lyon
Istituto Giuridico, R. Università de Modène
R. Biblioteca Estense, Modène
Istituti della Facoltà Giuridica, R. Università de Naples
Bibliothèque de l'Université de Neuchâtel
Columbia University Library de New-York City
All Souls College Library d'Oxford
Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université de Paris
Salle de travail de Droit romain de la Faculté de Droit de l'Université de Paris.
Institut Catholique de Paris
Bibliothèque de l'Université de Poitiers
Séminaire d'Histoire du Droit de l'Université de Poznan
Faculté de Droit de l'Université de Latvie, Riga.
Bibliothèque du Ministère de la Justice à Rome
Faculté de Droit de l'Université de Saragosse
Bibliothèque de l'Université d'Upsala
Bibliothèque de l'Université d'Utrecht

MM. Acosta Inglott R., professeur à l'Université de Grenade
S. E. le Dr Adatci, ambassadeur du Japon à Bruxelles
Albertario Em., professeur à l'Université catholique de Milan
Ansiaux P., professeur à l'Université de Bruxelles
Appleton Ch., correspondant de l'Institut, professeur hon. à l'Université de Lyon
Arangio-Ruiz V., professeur à l'Université R. de Naples
Arnò C., professeur à l'Université R. de Modène
Astoul Ch., professeur à l'Université de Caen
Aubecq J., industriel, Gosselies
Aubecq Oct., Dr. en Droit, industriel, Bruxelles

Baer J., libraire, Francfort s/M.
Balogh El., professeur à l'Université de Kaunas (Lith.)
Baugniet J., avocat, Bruxelles
Belvaux P., avocat près la Cour d'Appel, Bruxelles
Bemporad (Libreria internazionale), Bologne
Bernard Alfr., avocat, Bruxelles
Biondi B., professeur à l'Université R. de Catane
Bocca Fratelli, éditeurs, Turin
de Boccard, éditeurs, Paris
Bonfante P., professeur à l'Université R. de Rome
Boyer G., Dr. en droit, assistant à la Salle d'histoire du droit can., Faculté de Droit de Paris
de Breyne E., archiviste hon. de l'État, Bruxelles
Buckland W. W., professeur à l'Université de Cambridge (2 exempl.)
de Bustamante, Ant., juge tit. à la Cour permanente de Justice Internationale, professeur à l'Université de La Havane

MM. Campion L., avocat près la Cour d'appel, Bruxelles
Cappe A., ingénieur civil des mines, Bruxelles
Castillejo J., professeur à l'Université de Madrid
Cattier F., membre du C. d'Administration de l'Université libre de Bruxelles
Ciapessoni P., Dr., Rettore del R. Collegio Ghislieri, Pavie
Clément R., avoué, Charleroi
Collinet P., professeur à l'Université de Paris
Coulet, libraire, Montpellier
Cuq Ed., membre de l'Institut, professeur à l'Université de Paris

Dejongh Ch., professeur hon. à l'Université, Président du Comité de Législation, Bruxelles
Delacuvellerie H., ingénieur civil des mines, Bruxelles
Desserteaux F., doyen hon. de la Faculté de Droit de l'Université de Dijon
Des Marez G., professeur à l'Université de Bruxelles.
Dimitresco Gr., professeur à l'Université de Bucarest
Draghi Ang., libraire-éditeur, Padoue
Dupriez L., professeur à l'Université catholique de Louvain
Duquesne J., doyen de la Faculté de Droit et des Sc. politiques de l'Université de Strasbourg

Eeckman L., Premier Président de la Cour d'appel de Bruxelles

Falk fils, libraire, Bruxelles (3 exemplaires)
Fehr M., professeur à l'Université de Stockholm
Fliniaux A., professeur à l'Université de Toulouse
Fournier P., membre de l'Institut, professeur à l'Université de Paris
Frese B., professeur à l'Université de Latvie, Riga
Funada K., professeur à l'Université de Séoul (Corée)

Ganshof F.-L., chargé de cours à l'Université de Gand
Giffard A., professeur à l'Université de Paris
Girard P.-F., professeur hon. à l'Université de Paris
Guarneri Citati A., professeur à l'Université de Palerme
Guenoun L., professeur à l'Université de Montpellier
Gutzwiller M., professeur à l'Université de Heidelberg

Haesaert J., chargé de cours à l'Université de Gand
Hanquinet J., avocat, Charleroi
Hauchamps C., professeur à l'Université de Bruxelles
Hedemann W., professeur à l'Université d'Iena
Hoetinck H. R., Utrecht
van Hoogstraten, libraire, La Haye

Jobbé-Duval É., professeur hon. à l'Université de Paris
Joye A., avocat à la cour d'appel de Bruxelles

van Kan J., Doyen de la Faculté de Droit de Batavia
Kerr Wylie J., professeur à l'Université de Cape-Town
Koschaker P., professeur à l'Université de Leipzig
de Koschembahr Lyskowski, professeur à l'Université de Varsovie (2 exemplaires)

MM. Lambert E., professeur à l'Université de Lyon
Laterre G., avocat, Bruxelles
Lenel O., professeur à l'Université de Fribourg (i. Br.)
Lepointe, Dr. en droit, Assistant à la Salle de Droit Romain de la Faculté de Droit de Paris
Leroi A., avocat à la Cour d'appel de Bruxelles
Le Soudier, librairie, Paris (2 exemplaires)
Lévy-Bruhl H., professeur à l'Université de Lille
Lévy E., professeur à l'Université de Fribourg (i. Br.)
Losseau L., avocat à Mons

Macqueron J., professeur à l'École française de Droit du Caire
Mahieu L.-J., avocat à la Cour d'appel de Bruxelles
Marcq R., professeur à l'Université de Bruxelles
Maroi F., professeur à l'Université de Rome
Martin Ol., professeur à l'Université de Paris
Martroye F., Paris.
Meylan Ph., professeur à l'Université de Lausanne (2 exemplaires)
Michon L., doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Nancy
Monier R., agrégé, chargé de cours à l'Université de Lyon

Naber J.-C., professeur à l'Université d'Utrecht
Noailles P., professeur à l'Université de Paris

van Oven J. C., professeur à l'Université de Leyde

Pedone A., éditeur, Paris (3 exemplaires)
Perozzi S., professeur à l'Université de Bologne
Perrot E., professeur à l'Université de Paris
Philippin A., docteur en Droit (Liège)
Pirenne H., professeur à l'Université de Gand
Pirenne J., professeur à l'Université de Bruxelles
Pound R., Dr., professeur à la Harvard Law School, Cambridge (Mass.)

Riccobono S., professeur à l'Université R. de Palerme (2 exemplaires)
Rolin H., conseiller à la Cour de cassation, professeur à l'Université de Bruxelles

Sanchez Peguero C., professeur et secrétaire général de l'Université de Saragosse
Schulz Fr., Dr., professeur à l'Université de Bonn
Schultze A., libraire, Munster
de Sénarclens, professeur émérite à l'Université de Liège
Senn F., professeur à l'Université de Paris
Servais J., procureur général près la Cour d'Appel, professeur à l'Université de Bruxelles
Smets G., professeur à l'Université de Bruxelles
Sohr Fr., professeur à l'Université de Bruxelles
von Sokolowski P., professeur à l'Institut Herder, Riga
Sommer Ot., professeur à l'Université Charles, Prague
Soudan E., membre de la Chambre des Représentants, professeur à l'Université de Bruxelles

MM. SPEYER H., sénateur, professeur à l'Université de Bruxelles
STOICESCO C., professeur à l'Université de Bucarest (3 exemplaires)
STRANARD H., avocat, ancien bâtonnier du barreau de Charleroi

TAUBENSCHLAG R., professeur à l'Université de Cracovie
TWIETMEYER A., libraire, Leipzig (3 exemplaires)

VANDER EYCKEN P., professeur à l'Université de Bruxelles
VAUTHIER M., président de l'Université de Bruxelles
VAZNY J., professeur à l'Université de Bratislava
VELDEKENS P., professeur à l'Université catholique de Louvain
VIARD P., professeur à l'Université de Montpellier
DE VISSCHER F., professeur à l'Université de Gand
DE VISSCHER Ch., doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Gand

WILLEMS J., professeur à l'Université de Liège (2 exemplaires)

DE ZULUETA F., professeur à l'Université d'Oxford

PROMESSA GENERICA E LEGATO GENERICO DI DOTE

PAR

EMILIO ALBERTARIO

PROFESSORE DI RUOLO NELLA UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL S. CUORE

PROMESSA GENERICA E LEGATO GENERICO DI DOTE

La questione, che qui mi propongo di svolgere, è parte di una più complessa e generale questione. Cioè, questa. Ammetteva il diritto romano classico la validità di una obbligazione avente un contenuto indeterminato, o non determinato addirittura, e rimesso per la determinazione alla volontà dell'obbligato? A questa domanda io ho cercato di dare una risposta in uno studio « *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione* » (1) e soprattutto in un più ampio svolgimento dello studio stesso, pubblicato col titolo « *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione* » (2). E la risposta è stata recisamente negativa. Anche quei testi, riguardanti una generica *promissio dotis* o una generica *promissio iurata* di opere da parte del liberto, che nel primo studio propendevo a ritenere genuini, nel secondo studio, dopo aver rintracciato la tendenza giustinianea in altri testi numerosi, solitamente non riferiti, non ho esitato a dichiararli interpolati.

Data, però, l'importanza che assume una indagine anche solamente diretta ai testi riguardanti la costituzione generica di dote, non mi è sembrato affatto inopportuno occuparmene ora e dedicare il frutto di questa limitata ricerca, quale si sia, a Giorgio Cornil, l'illustre romanista belga che oggi onoriamo.

* * *

(1) Cfr. *Pubblicazioni Università Cattolica*, Milano, Soc. Ed. Vita e pensiero 1924.

(2) Cfr. *Rivista dir. comm.* (Sraffa e Vivante), 1926, 1.

Il testo fondamentale, da cui dobbiamo partire, è. C. 5, 11, 1, Imp. ALEXANDER A. Claudio : Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum neque species ulla nec quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit.

Dico che è il testo fondamentale, perchè, tra i testi riguardanti questa materia, è — a mio avviso — il solo *genuino* : il solo, pertanto, che ci conservi la norma del diritto romano classico. Della genuinità del testo ha dubitato — or sono già parecchi anni — il RICCOBONO (1) ; ma, secondo me, a torto.

Che i Giustinianei, *essi per i primi*, abbiano affermato la nullità della promessa motivando *cum neque species ulla nec quantitas promissa sit*, è cosa incredibile, dato il *favor dotium*, che è un così frequente motivo di interpolazione. E questa considerazione ha sconcertato un poco, per verità, lo stesso RICCOBONO (2). Se effettivamente l'imperatore negava l'azione, perchè la promessa risultava soltanto dall'istrumento dotale ma non era stata conchiusa nella forma della stipulazione ; se, in altre parole, il testo imperiale — come vorrebbe il RICCOBONO — diceva

Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum [citra verborum stipulationem] hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit,

perchè i compilatori, venuto meno nell'età giustinianea il motivo di nullità di quella *promissio* risultante soltanto dall'*instrumentum*, non hanno detto :

Recte existimas actionem tibi competere, *etiam si* hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quae nubebat dotem dare promiserit?

Che bisogno c'era di *sostituire* un nuovo motivo di nullità

(1) Cfr. *Zsst.*, 34 (1913), 180-181.
(2) Cfr. *Zsst.*, 34 (1913), 181, n. 2.

al precedente, quando questo nuovo motivo è così *stonato* nella logislazione giustinianea, la quale riconosce per la prima volta in numerosi testi interpolati la validità di una obbligazione anche quando non ne è determinato l'oggetto, se la determinazione è rimessa alla volontà dell'obbligato e desumibile da circostanze di fatto (la *substantia* e la *dignitas* delle persone)?

Mi sembrano considerazioni, codeste, che valgono a mettere la genuinità di C. 5, 11, 1 fuori di ogni dubbio (1). Naturalmente, se questa è la dottrina classica, siamo già autorizzati a guardare con diffidenza quei testi che affermano una diversa dottrina.

Sono D. 23, 3, 69, 4 ; D. 32, 43 ; C. 5, 11, 3 : un testo di PAPINIANO, un testo di CELSO, un rescritto di GORDIANO.

Dice il primo testo :

Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat : [*arbitrio quoque detracto*] stipulationem (2) valere placuit, [*nec videri simile, quod*] (3) fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, [*cum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit : dotis etenim quantitas pro modo facultatium patris et dignitate mariti constitui potest*] (4).

E il secondo :

Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si [*viri boni arbitratu*] (5) legatum sit. Labeo quaerit [*quemadmodum apparet* (!) *quantam dotem cuiusque* (!) *filiae boni viri arbitratu constitui oportet* (!) : *ait*

---

(1) Contro il RICCOBONO si esprime anche il BONFANTE, *Diritto di famiglia*, Roma, Sampaolesi, 1925, 313, n. 2.

(2) [non] : *Pap.* cfr. già BESELER, *Zsst.*, 45 (1925), 443.

(3) [cum etiam] : *Pap.* cfr. già BESELER, *ibidem*.

(4) Sulle alterazioni del testo cfr. già BESELER, *ibidem*.

(5) [inutiliter] oppure [filiae] arbitratu : *Cels.*

id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.]

E il rescritto di Gordiano:

Si cum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is cuius meministi dotem tibi non addita quantitate, sed quodcumque arbitratus fuisset se [*rite*] promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet, [*competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies: videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*]

Tra C. 5, 11, 1 da un lato e D. 23, 3, 69, 4; D. 32, 43; C. 5, 11, 3 dall'altro vi è disaccordo profondo. Mentre da C. 5, 11, 1 balza fuori la nullità di una *promissio dotis* quando *neque species ulla nec quantitas promissa sit*, da D. 23, 3, 69, 4, emerge che vi può essere una *promissio* di *dos profecticia* indeterminata *(non demonstrata re vel quantitate)*, perchè può esser sempre determinata in riferimento alle *facultates* del padre costituente e alla *dignitas* del marito; da D. 32, 43 risulta che vi può essere un legato generico di dote, il cui ammontare sia rimesso all'*arbitrium tutorum* che non sono propriamente terzi, e anche qui si soggiunge che esso può essere sempre determinato in riferimento alle *facultates* e al *numerus liberorum* del padre costituente nonchè alla *dignitas* del marito; da C. 5, 11, 3, finalmente, è detto che anche una *promissio dotis* indeterminata *(quodcumque arbitratus fuisset)* deve esser considerata giuridicamente valida, perchè *videtur boni viri arbitrium stipulationi insertum esse.*

Come C. 5, 11, 1 rappresenta — a mio avviso — la dottrina classica, gli altri testi rappresentano tutti insieme la dottrina giustinianea.

La dimostrazione di questa precisa tesi non è difficile.

Comincio dal rilevare indizi di sospetto per ogni singolo testo. Così, in D. 23, 3, 69, 4, il *nec videri simile, quod* e l'*etenim*; in D. 32, 43 le molte sgrammaticature: quaerit quemadmodum apparet (*indic.*!); quantam dotem *cuiusque*

filiae (*genit.*!); quantam dotem — constitui oportet (*indic.*!) (1); in C. 5, 11, 3 *competens actio*, *pervenire ad*, *iure iudiciorum*, *repromissum*, *repromissi emolumentum*. L'inciso finale *ridetur enim* ecc. è, si può dire, generalmente ritenuto interpolato (2).

Ma poi soccorrono considerazioni d' ordine sostanziale più gravi. E innanzitutto, questa : che il riferimento alle *facultates* e alla *dignitas* delle persone per determinare il contenuto di un legato o di un fedecommesso generico è costantemente interpolato. E l'Anonimo (3) richiama, per giustificare la decisione attribuita a PAPINIANO, per l'appunto le analoghe decisioni interpolate in materia di obbligazioni *a contenuto indeterminato*, derivanti da legato e da fedecommesso. Alcune di queste interpolazioni sono già state da tempo segnalate dal FERRINI (4); ma il loro numero è più vasto, come io mi son provato di dimostrare. Si tratta di un concetto — meglio — di un espediente, *nuovo* : ripetuto con una insistenza impressionante :

D. 31, 30 : [... secundum *aestimationem patrimonii et legati* quantitas definiri potest].

D. 31, 1, 3, pr. : [... ut pro *facultatibus defuncti* et *depositione* (!) *patrimonii* debeantur].

D. 33, 1, 14 : [si minus, ex *dignitate personae* statui oportebit].

D. 34, 1, 22, pr. [... tum ex *facultatibus defuncti* et caritate modus statui debebit].

D. 35, 1, 27 [...secundum *substantiam* et *dignitatem defuncti* exstruere debere.]

In secondo luogo va tenuto presente che, là dove vi è obbligo

---

(1) Sul testo v. anche le osservazioni di G. SCADUTO (*Gli arbitratori nel diritto privato*, p. 30), che però lo ritiene sostanzialmente genuino.

(2) Cfr. ALIBRANDI, *Op. giur.*, 1, 56; RICCOBONO, *Zsst.*, 34 (1913), 181, n. 1 ; e per la più larga interpolazione DONATUTI, *Mandato incerto*, in *Bull. ist. dir. rom.*, 33 (1924), 186-187.

(3) HEIMB., *Bas.* 3, 408.

(4) In più luoghi del suo *Trattato sui legati e sui fedecommessi*, Milano, Hoepli, 1889.

legale di costituzione di dote, Giustiniano esplicitamente dispone che essa deve essere costituita in relazione all' ammontare del patrimonio del genitore (padre o madre) obbligato alla costituzione : καθάπερ ὁ τῆς οὐσίας αὐτῶν λόγος ἐφίησι (Cfr. C. 1, 5, 12, 20 ; C. 1, 5, 19, 3).

E va insieme tenuto presente che nella legislazione giustinianea il padre è — come il Castelli ha persuasivamente sostenuto (1) — obbligato a costituire la dote per la figliuola. Qual meraviglia, pertanto, che i Giustinianei, in caso di promessa generica o di legato generico di *dos profecticia* (come è nelle fattispecie di D. 23, 3, 69, 4 e D. 32, 43), sostengano, contro i giuristi classici, la validità di quella promessa e di quel legato e suggeriscano di considerare, per determinarne il contenuto, le *facultates* del padre costituente e la *dignitas* del marito : suggeriscano, insomma, di determinare l'ammontare della dote con quello stesso criterio e in quella stessa misura indicata da essi in C. 1, 5, 12, 20 e in C. 1, 5, 19, 3, cioè in un caso in cui vi è obbligo *legale* di costituzione anche per la madre? (2)

Tutto ciò porta, mi sembra, a concludere che i testi discordanti da C. 5, 11, 1, perchè ammettenti tutti quanti la validità di una *promissio dotis* e di un *legatum dotis* con oggetto indeterminato, e suggerenti il criterio delle *facultates* del costituente e della *dignitas* del marito o, in genere, l'*arbitrium boni viri* per determinarlo, sono interpolati.

* * *

La loro interpolazione può essere vieppiù dimostrata per altra via : cioè, dopo aver constatato che il riferimento alle *facultates* del costituente e alla *dignitas* del marito per la determinazione della dote è, per così dire, un *luogo commune* del

(1) *Scritti giuridici*, 1, 129 sgg.

(2) C. 5, 12, 14 è — com' è noto — interpolato. Cfr. da ultimo Castelli, *Scritti giuridici*, 1, 140.

diritto dotale romano giustinianeo. Esso, infatti, si affaccia anche là dove si fa questione del limite fino al quale deve interporre la sua *auctoritas* il tutore quando si costituisce una dote la donna *sui iuris*.

I giuristi classici, come si può rilevare ancora da un testo di TERENZIO CLEMENTE (D. 23, 3, 61) benchè assai malconcio dai compilatori, non ponevano—ed era naturale—restrizioni : la donna doveva potere costituirsi in dote il suo patrimonio : *quousque facultates valent*. Nulla era quella costituzione, nella quale il *tutor* avesse interposto l'*auctoritas* per una dote superiore all' ammontare del patrimonio, *quia lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta*.

Non va nè anche dimenticato un preciso rescritto dell' imperatore ALESSANDRO (C. 5. 12, 4), che ha la più generale portata :

Nulla lege prohibitum est universa bona in dotem marito feminam dare.

Ma i Giustinianei — non ostante il loro *favor dotium* — rifuggono dagli estremi e prediligono la via del giusto mezzo (1), la quale è propriamente quella che tien conto delle *facultates* del costituente e della *dignitas* dei coniugi. Per ciò fanno dire a CELSO in D. 23, 3, 60 :

Quaero quantae pecuniae dotem promittenti [*adultae*] mulieri [*curator consensum*] accommodare debeat. Respondit : [*modus ex facultatibus et dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque ratio patitur.*]

Non insisto sulla interpolazione di *adulta ;* di *curator* e di *consensus* invece di *tutor* e di *auctoritas* : insisto, invece, sulla non genuinità della risposta. La quale riesce sospetta anche al BESELER (2). Qui non è più detto che l'*auctoritas* deve avere per limite il patrimonio della donna (quousque facultates

(1) Cfr. E. ALBERTARIO, *Riv. dir. comm.*, 1925, 1, p. 186 sgg.

(2) Cfr. *Zsst.*, 45 (1925), 443.

mulieris *valent*) : è detta e bisogna avvertirla — una cosa diversa : il consenso trova un limite nelle *facultates* del costituente da un lato e nella *dignitas* dei coniugi dall' altro, e precisamente deve essere dato *quousque ratio patitur*. Il limite giustinianeo è, dunque, — e non sorprenda come apparentemente contrastante col *favor dotium* — più basso del limite classico. Se i giuristi classici dicevano : quousque facultates mulieris *valent*, i Giustinianei abbassano quel limite interpolando : modus ex *facultatibus* et *dignitate mulieris maritique* statuendus est, quousque *ratio* patitur.

La sicura interpolazione della risposta attribuita nel Digesto a Celso, in particolare delle parole *quousque ratio patitur*, traluce da un' altra sicura interpolazione, contenuta in C. 5, 37, 9 (imp. Alexander A. Melitiae) : [*Si curatores habes hique*] (1) dotare te bonis tuis cessant, adito praeside impetrabis, ut, [*quod moderatum est honestae personae*] praestare cogantur.

Non ho bisogno di spendere parole per dimostrare la interpolazione delle parole *quod moderatum est honestae personae* (2).

Un ammontare di dote *quousque ratio patitur* e un ammontare di dote *quod moderatum est honestae personae* si somigliano come due goccie d'acqua. E in C. 5, 37, 9, dove l'interpolazione salta ancor più vivamente agli occhi, abbiamo una riprova della analoga interpolazione eseguita in D. 23, 3, 60. L'una e l'altra sono poi, si può dire, confermate dalla lettura dei testi bizantini.

Uno scolio a C. 5, 37, 9 (3) mette in evidenza la sostanziale identità che è espressa in C. 5, 37, 9 e in D. 23, 3, 60 avvertendo:

Πόση ἐστὶν ἡ μεμετρημένη προίξ, ἔγνως ἐν τῷ γ'. τιτ. τοῦ αὐτοῦ μονοβίβλου, ὅτι πρὸς τὴν οὐσίαν ἑκατέρων καὶ τὴν ἀξίαν ὀφείλει ἡ προὶξ ἐπιδίδοσθαι.

(1) [Si tutores] : *Mor.*

(2) Cfr. sul frequente uso postclassico e giustinianeo di *moderamen*, *moderatio*, *moderari*, *moderatus* ecc., Albertario, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, p. 188, n. 4.

(3) Heimb., *Bas.*, 3, 757.

[Quanta sit moderata dos, didicisti tit. 3 eiusdem libri singularis, debere pro modo substantiae utriusque et dignitate dotem constitui.]

Altri scolii si affrettano a segnalare che, per ciò che attiene alla quantità della dote, vi ha un limite che non può esser superato.

Così uno scolio di STEFANO a D. 23, 3, 60 (1) avverte :

Εἰ γὰρ καὶ πολλῆς ἐστιν οὐσίας ὁ ἀνήρ τε καὶ ἡ γυνή, καὶ ἀξίᾳ μεγίστῃ κεκόσμηται, τρόπων δὲ ἐστιν οὐ σεμνῶν, ἢ οὐκ ἄλλως ἀνέχεται τὸν πρὸς τὴν κόρην συναλλάξαι γάμον, εἰ μὴ πᾶσαν αὐτῆς λάβῃ τὴν οὐσίαν λόγῳ προικός, οὐ δεῖ τὸν κουράτωρα συναινεῖν. δυνατὸν δὲ καὶ τοῦτο πρὸς τὸ μέτρον τῆς τελείας προικὸς εἰπεῖν. τῆς γὰρ τελείας προικὸς μέχρι τεσσάρων καὶ μόνων ὡρισμένης κεντηναρίων,οὐκ ὀφείλει ὁ κουράτωρ ἐπὶ μείζονι ποσότητι αὐθεντεῖν, εἰ καὶ εὐπόρως ἔχει τὰ τῆς ἑκατέρου προσώπου περιουσίας.

[Nam si magnum patrimonium habent vir et puella, et maritus maxima quidem dignitate ornatus sit, moribus autem inhonestis sit, aut non aliter velit cum puella matrimonium contrahere, quam si omnia eius bona dotis nomine acceperit, curatorem consentire non oportet. Potest autem hoc quoque dici pro modo summae dotis. Nam cum summa dos sit quattuor centenariorum, non debet curator auctor fieri ad maiorem quantitatem, etiamsi utraque persona locuples sit.]

Cirillo, poi, parafrasa *quousque ratio patitur* ammonendo : μὴ ὑπὲρ τὸ νόμιμον

[non ultra legitimam summam.]

E, finalmente, uno scolio a C. 5, 12, 4 (2) commenta :

Δύναται, ὁ θέλων εἰς προῖκα δοῦναι πᾶσαν τὴν ἑαυτοῦ περιουσίαν. τοῦτο νόει, εἰ μὴ ὑπερβαίνει τὰς τετρακοσίας λίτρας τοῦ χρυσοῦ κατὰ τὴν κβ′ νεαράν.

[Potest, qui vult, universa bona sua in dotem dare. Hoc

(1) HEIMB., *Bas.*, 3, 396.

(2) HEIMB., *Bas.*, 3, 433.

intellige, nisi superent quadringenta auri libras, secundum Novellam 22] (1).

* * *

Dopo tutto ciò, la dottrina giustinianea in materia di promessa generica e di legato generico di dote mi sembra ne esca vivamente illuminata.

Vi ha una generale tendenza a commisurare l'ammontare della dote sulle *facultates* del costituente e sulla *dignitas* dei coniugi: e questo non soltanto quando sia indeterminato l'ammontare della dote, ma anche in altri casi; ad es., nel caso di dote costituitasi dalla donna *sui iuris* col *consensus* del *curator*: nel diritto giustinianeo — nonostante il *favor dotium* che dappertutto traspare — si restringe la illimitata libertà concessa alla donna dal diritto classico di costituirsi in dote il suo patrimonio. Gli scolii di Stefano e di Cirillo a D. 23. 3. 60 sono assai significativi, e più significativo ancora è il commento restrittivo dello scoliaste a C. 5. 12. 4.

Voce del passato, rimasta senza eco nella legislazione di Giustiniano, è il genuino rescritto di Alessandro riferitoci in C. 5. 11. 1. La promessa generica e il legato generico di dote non sono più nulli, come nel diritto classico erano. La loro validità è nettamente affermata mediante interpolazioni facilmente accertabili. Nel caso che la dote sia costituita dal *pater*, essa, benchè indeterminata inizialmente, potrà essere determinata in seguito col riferirsi alle *facultates* del costituente e alla *dignitas* dei coniugi: nel caso che sia

(1) Il riferimento alle *facultates* e alla *dignitas natalium* per stabilire l'ammontar della dote mi riesce sospetto anche in D. 23. 3. 69. 5. Nella redazione giustinianea il testo dice:

Nuptiis ex voluntate patris puellae cum filio tutoris iure contractis dos *pro modo facultatium et dignitate natalium recte* per tutorem constitui potest.

Ma nella redazione papinianea doveva invece, a mio avviso, dire:

Nuptiis ex voluntate patris puellae cum filio tutoris iure contractis dos per tutorem constitui [*non*] potest.

costituita da un estraneo, questi dovrà determinarla in seguito comportandosi come un *bonus vir*. E in ogni caso la validità della costituzione è salva (1).

Milano, ottobre 1925. EMILIO ALBERTARIO.

(1) Dato che la discordanza fra i testi può e deve essere risolta *storicamente*, inutile è insistere sui tentativi fatti dalla dottrina romanistica per conciliare *dommaticamente* i testi. È noto che alcuni (WINDSCHEID), non potendo negare la discordanza, si attengono alla più larga dottrina rappresentata dal testo di Papiniano; altri (così ancora BONFANTE, *Diritto di famiglia*, 1925, 314) restringono il testo di Papiniano al solo padre.

Da restringere al solo padre è la validità di una promessa di dote *arbitrio quoque detracto*, dato che nel diritto giustinianeo il padre è legalmente obbligato (CASTELLI) a costituire la dote per la figliuola che va sposa: ma la validità di una promessa di dote, il cui contenuto è rimesso all'*arbitrium* del costituente (o padre, o donna, o estraneo), è affermata nel diritto giustinianeo *in linea generale*, purchè l'*arbitrium* non sia *merum*, ma di *bonus vir*. Invece, che l'*arbitrium* fosse *merum* o *boni viri* era irrilevante per i giuristi romani: l'obbligazione in ogni modo era nulla come mancante di oggetto. Gaio in materia di vendita è esplicito a questo riguardo. Cfr. D. 18, 1, 35, 1: Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, *quanti aequum putaveris*, quanti aestimaveris, habebis emptum.

LE RECRUTEMENT DES FONCTIONNAIRES ET LES UNIVERSITÉS DANS L'EMPIRE BYZANTIN

PAR

ANDRÉ ANDRÉADÈS

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ D'ATHÈNES

CORRESPONDANT DE L'INSTITUT

LE RECRUTEMENT DES FONCTIONNAIRES ET LES UNIVERSITÉS DANS L'EMPIRE BYZANTIN

I.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

On sait l'importance de la bureaucratie dans l'empire d'Orient. L'historien anglais BUSSEL voit en elle « la principale différence entre l'état byzantin et les autres états médiévaux, gouvernés par des favoris, des esclaves et des étrangers ». Il attribue aussi « à sa discipline et à ses traditions, rappelant celles du clergé catholique, la longue vie de l'empire et ses renaissances successives » (1).

Nombre de byzantinologues distingués écrivent dans le même esprit; ils ajoutent que « l'existence d'un corps de fonctionnaires nombreux et bien organisés explique pourquoi les fréquentes révolutions n'entraînèrent pas le désordre administratif (2).» Ils font aussi valoir que « rarement une administration fut plus fortement centralisée, plus savamment organisée » (3).

Au surplus un budget comparable à ceux des états moder-

---

(1) F. W. BUSSEL. *The Roman Empire : essays on the constitutional history from* 81-1081 (Londres, 1910, 2 vol.) vol. II, p. 26.

(2) Voyez D. C. HESSELING. *La civilisation byzantine*, p. 61 de la traduction grecque de S. Sakellaropoulos. (Il existe de cet excellent ouvrage du professeur de Leyden, une traduction française. Paris, 1907).

(3) DIEHL, *Byzance : Grandeur et décadence* (Paris, 1919).

nes (1), impliquait à lui seul une organisation singulièrement efficace (2).

Il est également avéré que les fonctionnaires byzantins étaient excessivement nombreux (3) et que le cercle de leurs attributions dépassait celui des fonctionnaires contemporains par suite d'un domaine industriel excessivement développé (4) et de l'intervention de l'état dans les détails de la vie industrielle et commerciale (5).

Cependant, et malgré les études relativement importantes dont la bureaucratie byzantine a fait l'objet (6), on n'a pas encore élucidé la question de son recrutement

Celle-ci se présente cependant sous un aspect particulièrement intéressant : Un des traits les plus caractéristiques de

---

(1) Cf. A. Andréadès, *Le montant du budget byzantin* (extrait de la *Revue des Etudes Grecques*), Paris, 1922.

(2) Diehl, *Etudes byzantines* (Paris, 1905), p. 126.

(3) Dans mon *Histoire des finances grecques* (Athènes, 1918, en grec) on trouvera, p. 426-9, des calculs détaillés sur ce point.

(4) Il comprenait à la fois des industries de luxe et des industries militaires. La question du domaine privé a été traitée ou effleurée dans la plupart des grands ouvrages sur l'empire byzantin et son administration, ainsi que dans les travaux sur l'industrie de la soie. L'écrivain qui s'en est occupé en dernier lieu est Jean Ebersolt, *Les arts somptuaires de Byzance* (Paris, 1923).

(5) *Le Livre du préfet*, publié, commenté et traduit par Jules Nicole (Genève, 1893), a jeté une vive lumière sur la question. Il a donné naissance à plusieurs études dont on trouvera la liste dans notre *Histoire des finances grecques*, p. 348, n. 4. Il faut y ajouter, l'excellente thèse de doctorat en droit de M. Christo Macri, *L'organisation de l'économie urbaine dans Byzance* (Paris, 1925).

(6) Parmi les plus récentes on peut citer : Bury, *The Imperial administrative system in the ninth century* (Londres, 1909) ; A. E. R. Boak, *The master of the offices in the later roman empire* (Londres, 1919) ; E. Stein, *Studien zur Geschichte des byzantinischen Reiches* (Stuttgart, 1919). Ces ouvrages sont accompagnés de bibliographies permettant de connaître tous les ouvrages antérieurs et notamment les études russes d'Ouspensky et de Séménof.

Pour les premiers siècles voyez Paul Koch, *Die byzantinische Beamtentitel von 400 bis 700* (Iena, 1903) et Otto Seeck, *Untergang des antiken Welt* (2 vol. 3e édit. Berlin, 1910), vol. II, chap. I-IV.

Pour la dernière période voyez E. Stein, *Untersuchungen zur Spätbyzantinischen Verfassung- und Wirtschaftgeschichte* (1925), spécialement les paragraphes III-V.

notre bureaucratie est sa culture très élevée (1) ; ce trait est tellement accusé qu'on a pu parler d'un *mandarinat* (2) et que déjà les byzantins (3) ont satirisé leurs *diplo-calamaratoi* (hommes à qui un encrier ne suffisait pas). Cependant on ne nous a jamais clairement expliqué où les fonctionnaires byzantins puisaient tant de culture et quel rôle les universités de Constantinople ont joué dans leur formation.

L'objet de cette petite étude sera de le rechercher.

Nous exclurons bien entendu de nos investigations les charges vénales, pour lesquelles on réclamait de l'argent et non de la culture. Elles étaient d'ailleurs — du moins pendant la bonne période — relativement rares (4).

Nous limiterons aussi nos recherches aux temps des Iconomaques et de la dynastie Macédonienne : soit aux VIII^e^-XII^e^ siècles. Ceci d'abord parce que c'est la période pour laquelle j'ai pu trouver quelques documents. Mais aussi — et sans parler de la nécessité d'être bref — pour d'autres causes :

Jusqu'au VI^e^ siècle l'empire byzantin est encore l'empire Romain. Avec les Commènes des changements notables se font sentir : les impôts sont affermés ; la vénalité des offices, jadis l'exception, semble tellement être devenue la règle que Andronic se fait un titre de gloire d'être revenu aux anciennes traditions. Ce retour fut, au surplus, de courte durée ; son successeur vend les charges « comme on vend les fruits au marché » (Choniatès, *Isaac l'Ange*, III, 7).

En outre, l'état prend « un caractère théocratique » ; les fonctions publiques sont confiées à des ecclésiastiques. Cette

---

(1) A preuve que la plupart des grands historiens byzantins, de Procope à Frantzis, furent de hauts fonctionnaires.

(2) Voyez A. Rambaud, *Psellos*, réimprimé dans *Etudes sur l'Histoire byzantine* (1912).

(3) En l'espèce le poète Ptocho-Prodromos.

(4) La vénalité des offices est un des nombreux problèmes que soulève l'étude de l'administration de l'empire. Nous y avons consacré une monographie : *La vénalité des charges est-elle d'origine byzantine?* (Extrait de la *Nouvelle Revue Historique du droit*, Paris, 1921).

tendance s'accentue tellement sous les Paléologues, que, comme l'a dit ZACHARIAE VON LINGENTHAL (*Geschichte d. griechisch-rômischen Rechts*, 3e édit., 1892, p. 388), l'église se trouva prête à assumer les devoirs administratifs et religieux à elle confiés par Mahomet le Conquérant, et qui durèrent jusqu'au traité de Lausanne, lequel supprima l'autonomie limitée accordée dès 1453 aux chrétiens de Turquie.

Dans les derniers siècles se manifestent aussi deux autres tendances non moins préjudiciables à la bureaucratie : 1° Aux biens militaires d'une étendue limitée succèdent les *pronoiai* dont les titulaires, devant non plus un service personnel mais l'équipement et l'entretien d'un certain nombre d'hommes d'armes et recevant en échange certains droits de justice, d'administration et de fiscalité sur les terres concédées, rappellent les seigneurs féodaux de l'Occident et les *spahis* turcs (1); 2° A partir de Cantacuzène l'empereur contracte l'habitude de céder à ses fils ou ses frères l'administration de certaines provinces. *L'empire affecte ainsi non seulement un caractère féodal, mais encore dans une certaine mesure un caractère fédératif* (2).

II.

L'UNIVERSITÉ DE L'OCTAGONE (3).

Au début du VIIIe existait encore l'Université du *Tétradission* ou de l'*Octagone* (4). Mais ses jours étaient comptés,

(1) Cf. ANDRÉADÈS, *Histoire*, la longue note de la page 467.

(2) STEIN, *Untersuchungen*, p. 28.

(3) Je ne connais pas d'étude spéciale sur cette Université. On peut consulter des études plus générales : SCHEMMEL, *Die Hochschule von Konstantinopel von* V *bis* XII *Jahrhundert* (Berlin, 1912); LABORDE, *Les écoles de droit dans l'empire d'Orient* (Bordeaux, 1912); ANDRÉADÈS, *Les universités de Constantinople du point de vue des dépenses publiques* (en grec, *Annuaire de l'Université d'Athènes*, t. XVIII, 1923). Voir aussi, abbé MARIN, *Les Moines de Constantinople jusqu'à la mort de Photius* (Paris, 1897).

Bien entendu les histoires générales de l'empire d'Orient mentionnent toutes notre institution à l'occasion de sa fermeture. Il en est de même de

puisque les chroniqueurs (1) s'accordent pour dire qu'elle fut supprimée en 727, dixième année du règne de Léon III l'Isaure.

De cette Université on sait peu de choses, puisqu'on ignore même si elle était une survivance de l'Université de Justinien, ou bien un institut plus récent (2), et encore si c'était une institution d'état entretenue par lui ou bien une institution purement monastique. Il est cependant certain que le personnel enseignant était composé de moines et qu'il était relativement nombreux, treize ou seize professeurs, présidés par l'Οἰκουμενικὸς διδάσκαλος.

Ce qui nous intéresse ici c'est de savoir *si cette institution était destinée à la formation de fonctionnaires.*

Les sources toutes beaucoup postérieures (3), semblent dire que non, puisqu'elles apprennent que l'enseignement portait sur les lettres dans le sens le plus large (4) et la théologie. Mais si de ces passages M. Laurent Laborde a induit que les étudiants en droit n'étaient pas exclus de l'Octagone (5), à fortiori

---

plusieurs histoires de l'Eglise, par exemple celle du cardinal Hergenröther (t. III).

Pour les sources byzantines, voir deux notes plus bas.

(4) *(Note de la page précédente).* Du nom de l'édifice qui en était le siège. A. Paspatès, *Les Palais byzantins* (Athènes, 1885, p. 209), pense qu'il s'agit du *tétradission octagonon* du Palais de Daphné et que sa forme le rendait propre à servir de bibliothèque; la seule bibliothèque byzantine qui a été conservée est octagonique et on sait qu'une bibliothèque était adjointe à l'Université.

(1) Cf. Cédrénus, Tome 1er, p. 795; Codinus, *Des édifices de Constantinople*, p. 83; cf. Zonaras XV, 3.

Nos renvois, sauf exception, se réfèrent à la Byzantine de Bonn.

(2) D'après Codinus, l'Université vécut 140 ans, donc elle aurait été fondée en 587, sous le règne de Maurice.

Les chaires étaient aussi beaucoup moins nombreuses du temps de Justinien, mais ceci peut s'expliquer par la suppression de l'enseignement du latin et du droit (cf. plus bas VI).

(3) Cédrénus (XIe siècle), Zonaras (XIIe), Codinus (XIVe).

(4) Πᾶσαν λογικὴν ἐπιστήμην (Cédrénus, *loc. cit.*).

(5) Il est probable qu'un enseignement juridique était donné dans cette Ecole, mais que loin de former une branche d'études spéciales, il était simplement envisagé comme un complément à l'instruction générale ou comme

faut-il supposer que les futurs fonctionnaires le fréquentaient.

Le lecteur doit en effet ne jamais perdre de vue les idées du temps : « Dans l'empire grec, dit ALFRED RAMBAUD (1), les humanités semblaient indispensables et en même temps semblaient suffisantes pour faire des hommes d'état. Avec MÉNANDRE on croyait créer des ambassadeurs, avec POLYEN des tacticiens ». Cela est tellement vrai que les différents « morceaux choisis » réunis par le Porphyrogénète — par exemple l'*Excerpta de Legationibus* — avaient pour but non de préserver des auteurs anciens mais de former des hauts fonctionnaires.

Cela étant, il se peut fort bien que l'Université de l'Octagone eût été aussi une Ecole de haute administration. Ceci expliquerait même sa fin violente. Les chroniqueurs attribuent, il est vrai, cette dernière à la haine de Léon III contre ceux qu'il ne parvenait à convertir « à son hérésie » ; ils accusent même le premier des Iconoclastes d'avoir fait périr par le feu, université et professeurs. Mais cette dernière accusation — manifestement calomnieuse — montre assez que ces chroniqueurs écrivant plusieurs siècles plus tard et n'ayant sous les yeux que les écrits des ennemis de la réforme (2) doivent être lus d'un œil méfiant (3).

Il est sans doute naturel que Léon ait eu à cœur d'éteindre

---

une matière fournissant des « thèmes nombreux et variés aux exercices de littérature et de dialectique » (p. 137).

On peut ajouter que cette conception n'était pas très différente de celle des premiers siècles de notre ère, cf. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 189 sq.

(1) *Constantin Porphyrogénète*, p. 70. On ne peut citer ce si remarquable ouvrage, qui après cinquante-cinq ans n'a pas vieilli, sans souhaiter d'en voir une nouvelle édition.

(2) Il est impossible que les Iconoclastes n'aient pas défendu leurs doctrines et leurs chefs par la plume. Le fait qu'il ne reste rien de ce qu'ils ont pu écrire indique que leurs ennemis, finalement victorieux, ont pris soin que ces publications ne passassent pas à la postérité.

(3) CÉDRÉNUS n'hésite pas à attribuer « à la colère divine contre le théomaque Léon », l'éruption d'un volcan sous-marin entre les îles de Théra et Therasia, qui eut lieu la même année 727, et qui rappelle celle de l'été de 1925.

« un foyer de réaction » ; mais *pourquoi ne se borna-t-il pas à remplacer le personnel enseignant?* Les gens cultivés ne manquaient pas parmi ses amis. On peut croire que GELZER a trouvé le mot de l'énigme, quand, dans son étude classique sur les Thèmes byzantins (1), il a rattaché notre mesure aux grandes réformes administratives de l'empereur (2). Les périls entourant l'état de toutes parts amenèrent Léon à concentrer dans les provinces tous les pouvoirs dans les mains de l'autorité militaire (3). On fit, en d'autres termes et pour des raisons inverses, le contraire de ce qu'on fait aujourd'hui dans les colonies, où les autorités militaires cessent d'administrer quand le pays est pacifié. A Constantinople même, le pouvoir jusqu'alors si souvent, du IV^e^ au VII^e^ siècle, entre les mains des hauts fonctionnaires passa dans celles de la couronne (4).

L'empereur devait se soucier d'autant moins d'avoir en face de lui une légion de « fonctionnaires patentés », qu'il y avait entre ces mandarins et les éléments militaires une divergence de mentalité radicale. Au XII^e^ siècle, celle-ci aboutit à la lutte d'influence qui fut le trait dominant des années (5) qui vont

---

(1) *Die Genesis der Byzantinischen Themenverfassung* (Leipzig, 1899).

(2) Cf. KARL SCHENK, *Kaisers Leons III Walten in Innern* (*Byzantinische Zeitschrift*, T. V., 1896, p. 257-301).

(3) GELZER (p. 73), résume l'évolution comme suit :

« Les réformes de Dioclétien et de Constantin avaient amené une séparation entre l'administration civile et l'administration militaire. Mais déjà sous Justinien les choses commencèrent à changer ; le gouverneur d'Egypte réunit les deux pouvoirs avec le titre de duc. L'attitude menaçante des Maures et des Lombards amenèrent la création des exarchats de Carthage et de Ravenne. Le triomphe de l'Islam provoqua l'extension du système aux provinces orientales ».

(4) Ceci explique pourquoi le *Magister des offices*, le *Comes sacrarum largitionum*, le *Comes rei privatæ*, firent place à des fonctionnaires plus nombreux mais à compétence plus limitée et revêtus des titres plus modestes de *logothètes* et de *cartulaires*. Les ministres tout puissants étaient réduits au rôle de simples organes exécutifs (voyez pour plus de détails, ANDRÉADÈS, pp. 422-426).

(5) 1025-1081.

Sur le caractère et les conséquences néfastes de cette lutte, voir tous les historiens qui ont traité de cette période, et particulièrement les pages

de la mort de Basile II à l'arrivée au trône d'Alexis Comnène, mais elle devait exister depuis longtemps à l'état plus ou moins latent. Il était donc naturel que dès son apparition avec les Iconomaques (1) le parti militaire prît des mesures contre l'université, à la fois siège de l'état major et bouillon de culture de la bureaucratie. Il y a, dans le même ordre d'idées, lieu de remarquer aussi que de Constantin Porphyrogénète à Constantin le Monomaque — période de gloire militaire qui a mérité le nom d'Epopée Byzantine — il n'est pas question de haut enseignement.

III.

L'Université de la Magnaure (2).

Si les Iconomaques tinrent l'Université fermée, du moins encouragèrent-ils les lettres et — peut-être sous l'influence des Arabes (3) — les mathématiques, pour lesquelles Théophile

singulièrement perspicaces et vivantes que leur consacrent : Paparrighopoulos, *Histoire de l'Hellénisme*, t. IV et Carl Neumann, *Die Weltstellung des byzantinischen Reiches vor den Kreuzzugen* (Leipzig, 1894 ; trad. franç. par Renauld et Kozlowski, Paris, 1905).

(1) La lutte contre les images ne fut à bien des égards que le côté extérieur des réformes entreprises par les Empereurs iconomaques. Leur cause profonde fut le désir d'une forte armée ; celle-ci, nécessitant de l'argent et des hommes, entraînait la lutte contre les couvents qui absorbaient la petite propriété, laquelle fournissait l'impôt foncier (alors d'une importance capitale) et, en tant qu'elle affectait le caractère de biens militaires, des soldats. Aussi, voyons-nous, la politique de fiscalité et de lutte contre les couvents reprise par les empereurs militaires, très orthodoxes, des XI^e^ et XII^e^ siècles, y compris Isaac Comnène, qui dépouille les couvents de leurs biens, et Romain III, dont on disait qu'il était plus un fonctionnaire fiscal qu'un roi.

Un autre trait commun aux iconomaques et aux basileis guerriers dont nous parlons, c'est qu'ils étaient, sauf exception, originaires d'Asie-Mineure.

Ce n'est qu'au douzième siècle que nous voyons des souverains militaires, tel Manuel Comnène, favoriser les moines. Mais l'état avait alors pris, peut-être par réaction contre les croisés catholiques, un caractère presque théocratique (cf. plus haut, § I in fine).

(2) Cf. outre les études générales sur les Universités de Constantinople, J. B. Bury, *History of the Eastern Empire from* 802-867, p. 439 sq.

(3) Bury, p. 436.

institua même des *cours publics*. Aussi, quand au lendemain de la restauration des images, le césar Bardas, qui régna longtemps sous le nom de son triste neveu Michel III, voulut reconstituer le haut enseignement, il trouva un personnel tout prêt. L'Université qu'il fonda est connue sous le nom de l'édifice qui l'abrita : la Magnaure (1). Les quelques renseignements qu'on a sur elle permettent de penser qu'elle servit de prototype aux écoles supérieures des siècles qui nous occupent.

Quatre matières paraissent avoir été enseignées, chacune dans un local différent (2) : la philosophie, la littérature grecque, les mathématiques et l'astronomie. Les professeurs, 31 sous Théodose, 13 ou 16 à l'Octagone, sont réduits à quatre. Ils étaient tous d'ailleurs des gens de premier ordre (3). L'Université était incontestablement une institution d'état puisque Bardas subvenait *largement* à tous ses frais, les professeurs n'étaient autorisés à rien recevoir des élèves. De plus, le César tenait à s'assurer personnellement du bon fonctionnement de l'école, il rendait des visites fréquentes aux étudiants et par l'enthousiasme que son intérêt provoquait « il donnait des ailes à la science ».

Mais la Magnaure était-elle destinée à former des fonctionnaires? Je le pense. Cédrénus dit, il est vrai, qu'elle eut pour résultat « de faire renaître les belles-lettres, auparavant éteintes au point qu'il n'en restait pas une étincelle de vie ». Mais ce chroniqueur écrivait plusieurs siècles plus tard sous l'influence de préjugés anti-iconomachiques. Dire qu'il ne restait pas le moindre vestige de lettres profanes à une époque à laquelle nous devons nos premiers manuscrits des classiques

(1) Sur elle, voyez le chap. VII de *Le grand palais de Constantinople*, par Jean Ebersolt (Paris, 1910).

(2) Cf. Cédrénus, chap. II, pp. 97 et 165, le *Continuateur de Théophane*, p. 18 et Genesios, p. 98.

(3) A leur tête se trouvait le célèbre mathématicien Léon ; cf. J. C. Heiberg, *Der byz. mathematiker Leo* (*Bibliotheca Mathematica*, A. 2, p. 34 sq, 1887).

et tant d'hommes de haute culture y compris Photius, que Frédéric Harrisson (1) nommait l'homme le plus savant du moyen âge, est un pur badinage (2).

Bardas devait donc viser à autre chose : à répandre les lettres grecques — *jugées indispensables à la formation de fonctionnaires* (3) — parmi les gens qui n'étaient pas à même de payer des professeurs (4) et qui ne se destinaient pas non plus à la vie monastique (5), c'est-à-dire formant la classe parmi laquelle l'état pouvait recruter des fonctionnaires en dehors des castes aristocratiques et militaires.

Cette hypothèse explique les sacrifices pécuniaires et l'intervention personnelle du chef réel de l'état. Elle est confirmée par ce que nous savons de l'école fondée par le Porphyrogénète qui semble copiée sur l'Université de la Magnaure et qui était incontestablement une Ecole Supérieure d'administration.

IV.

L'École du Porphyrogénète.

La Magnaure paraît n'avoir pas survécu à son fondateur. Les historiens byzantins assurent en effet que, trois générations plus tard, Constantin VII avait trouvé les sciences positives aussi bien que la musique et la philosophie « négligées depuis un long temps ». Cette situation ne pouvait qu'affliger un

---

(1) Le célèbre philosophe positiviste anglais; N. Turchi, *La civiltà bizantina* (Turin, 1915), s'exprime de même.

(2) Il suffit de parcourir la *Myriobiblos* de Photius pour se rendre compte qu'on étudiait alors fort bien les auteurs classiques, y compris certains — tel Ménandre — dont les œuvres ont été perdues depuis. Cf. l'étude de Monseigneur C. Papadopoulos (aujourd'hui métropolite d'Athènes), *L'activité scientifique du Patriarche Photius* (Athènes, 1912), bibliographie très complète s'étendant aux ouvrages russes.

(3) Cf. plus haut.

(4) Cf. l'interdiction aux maitres de recevoir des salaires.

(5) Dans les couvents — et principalement celui du Stoudion — les lettres et les sciences étaient fort cultivées.

homme que la nature destinait plus à un poste de bibliothécaire qu'au rang suprême (1). Aussi y mit-il bon ordre. CÉDRÉNUS (2) le loue hautement « d'avoir découvert ou formé les personnes les plus propres à enseigner ces disciplines et de les avoir en peu de temps fait refleurir ».

Le continuateur de THÉOPHANE (3) est encore plus précis. Il donne les noms des titulaires des quatre nouvelles chaires, celles de philosophie, rhétorique, géométrie et astronomie, tous fonctionnaires d'un rang élevé (4). Il ajoute : « Le basileus portait le plus grand intérêt aux étudiants, les invitant tous les jours à sa table, leur fournissant de l'argent, et s'entretenant bienveillamment avec eux. Bientôt, grâce aux caresses et à la sagesse de l'empereur, ils se rendirent maîtres des sciences et des arts les plus élevés ; et Constantin put choisir parmi eux et des *kritai* et des *antigrapheis* et des *métropolites*, et l'état des Romains fut orné et enrichi de sagesse ».

Ces textes sont d'un intérêt primordial. Il en résulte : *a)* que les dépenses publiques ne se bornant pas à l'entretien des professeurs, s'étendaient à celui des étudiants, devenus véritables boursiers ; *b)* que l'Université était une véritable école supérieure d'administration, puisqu'elle fournissait à l'empire des fonctionnaires élevés dans toutes les branches de l'administration : justice *(les kritai)* ; finances *(les antigrapheis)* ; l'église *(métropolites)* ; *c)* que les professeurs recrutés dans la haute administration, étaient peu nombreux : quatre comme du temps de Bardas ; *d)* que les disciplines enseignées (les mêmes qu'à la Magnaure) sont parmi celles que de nos jours on rattacherait aux facultés de lettres et de science (à la faculté de philosophie, comme on dit en Allemagne) et non à une école de sciences administratives.

---

(1) Pour la personnalité et les œuvres de Constantin VII, voyez l'œuvre magistrale de RAMBAUD.

(2) Tome II, p. 326.

(3) Page 446.

(4) Le protospathaire Constantin ; Alexandre, métropolite de Nicée ; le patrice Nicéphore ; l'asécrétis Grégoire.

V.

L'Université de Constantin le Monomaque.

Au Porphyrogénète succédèrent Nicéphore Phocas, Jean Tsimiskès, Basile le tueur de Bulgares. On devine aisément que ces empereurs, grands guerriers s'il en fut, avaient autre chose à faire qu'à s'entretenir avec des étudiants. Ils ne devaient pas partager l'enthousiasme de Constantin VII pour les « rats de bibliothèques » ses confrères; aussi pendant près d'un siècle n'est-il plus question d'enseignement supérieur public.

Mais si Basile II « méprisait le bien-dire » (1), par ses grandes victoires, par la richesse et la paix qu'il assura à l'empire, il prépara le triomphe des mandarins. C'est un des traits caractéristiques du peuple grec que, sitôt qu'il en a les moyens et les loisirs, il se jette sur les belles-lettres : le culte des humanités se répandit tellement au cours du XI^e^ siècle que quand la populace de Constantinople voulait injurier la favorite d'un roi (2), elle l'apostrophait par des vers d'Homère. Toute une génération de jeunes gens, de modeste origine, mais tout nourris de belles-lettres, se forme : Psellos, Xiphilin, Jean Mauropus, Leichudès en sont les représentants les plus illustres (3). Ce prolétariat intellectuel ne pouvait voir d'un bon œil tous les postes élevés accaparés par la noblesse militaire, originaire d'Asie-Mineure. Appuyé, sans doute par l'opinion publique de Constantinople, il n'attendait pour prendre la haute main sur les affaires, qu'un empereur à sa

(1) Cf. le portrait qu'en trace Schlumberger sur la base de Psellos dans le dernier volume de l'*Epopée Byzantine*.

(2) La Skleraina, maîtresse de Constantin IX.

(3) Nombre d'études ont été publiées sur ces hommes. On trouvera des détails sur eux dans tous les historiens qui s'occupent de cette période, ainsi que chez les historiens de la civilisation (Hesseling, Furchi), de la littérature (Krumbacher) et de la législation (Zachariae, Monnier) byzantines.

dévotion. Il le trouva dans la personne d'un des époux successifs de Zoé (1), Constantin le Monomaque.

Ce prince, peut-être inquiété par la révolte du général Maniakis qui faillit lui coûter la couronne, prit deux mesures, qui durent être de rudes coups pour ceux que Paparrigopoulos nomme plaisamment les « spathophores micrasiates » : *a)* il remplaça sur une large échelle les obligations militaires par des contributions en argent ; *b)* il décida qu'on ne tiendrait plus compte de la naissance (2) pour le recrutement de l'administration et la composition du Sénat.

Dans ces conditions, il ne faut pas s'étonner si, « sitôt que le rétablissement de la paix intérieure et extérieure lui en laissa le loisir » (3), il créa une faculté de lettres, à la tête de laquelle fut mis Psellos qualifié de ὕπατος τῶν φιλοσόφων et une faculté de droit dont le directeur Jean Xiphilin reçut le titre de *nomophylax* (4). A chacune des écoles, selon la tradition de Bardas, fut consacré un édifice spécial (5). L'enseignement devait être absolument gratuit.

Que la faculté de philosophie, rappelant par les matières enseignées (6) les universités du IX^e^ et du X^e^ siècles, eut en

(1) Nièce de Basile II.

(2) De la *généalogie* comme dit Psellos dans son *Oraison funèbre à Xiphilin* (dans Sathas, *Bibliotheca Medii-Aevi*, t. V, p. 430). Rappelons à ce propos que les volumes IV et V de cette collection, sont consacrés aux œuvres du prince des philosophes.

(3) Voyez *Avant-propos* de la *Novelle* de 1054, créant la faculté de droit. Cette constitution, due à la plume de Jean Mauropus, a été publiée par les éditeurs des œuvres du futur évêque d'Euchaïta (J. Bolling et P. Lagarde, Gottingen, 1881) ; par J. Cozza-Luzi (*Studii e documenti di diritto e storia*, 1884), par Ferrini (*Archivio Giuridico*, t. XXXIII, 1884) et par J. A. Valaority (Athènes, 1886).

(4) Voyez sur la première, Ch. Zervos, *Michel Psellos* (Paris, 1920, p. 90-100), et sur la seconde, L. Laborde, *Les Ecoles de droit dans l'Empire d'Orient* (p. 169-197).

(5) Ce furent les églises de Saint-Pierre et de Saint-Georges. Les facultés de droit de Beyrouth avaient été, elles aussi, abritées dans des bâtiments faisant partie d'églises.

(6) La philosophie, la grammaire, la rhétorique.

Les noms des nouveaux professeurs nous sont parvenus (cf. Zervos, *loc. cit.*).

vue la formation de fonctionnaires, cela ne me paraît pas faire de doute.

Mais il résulte du texte même de la Novelle de 1054 que la faculté de droit n'avait pas en vue seulement la formation de jurisconsultes. L'empereur dit en effet aux futurs élèves : « Il est clair que notre Royauté et ceux qui régneront après nous *préfèreront aux autres, dans la distribution des offices*, ceux qui auront le nom et la gloire de jurisconsultes » (1). D'ailleurs, indépendamment de ce texte si formel, la gratuité *complète* de l'enseignement, sur laquelle insiste la Constitution, les *audiences impériales constantes* qu'elle promet au nomophylax, suffiraient à nous découvrir les buts poursuivis par le législateur : ces dispositions se justifieraient difficilement s'il s'agissait d'une école destinée à former uniquement des avocats.

Et si les connaissances juridiques étaient maintenant considérées nécessaires pour les postes publics, plutôt que l'astronomie et les mathématiques, c'est que la mode joue un grand rôle dans les choses humaines. Au IX^e^ siècle, Sultans de Bagdad et Basileus byzantins se disputaient les mathématiciens en renom (2) ; au XI^e^, les études juridiques étaient à l'ordre du jour. Décrivant l'état des esprits à l'avènement de Constantin X Ducas (1059), Skylitzès (3) nous apprend que « les militaires eux-mêmes laissant de côté armes et campagnes et souhaitant grand adieu à la musique de Mars et à la danse guerrière, se transformèrent en avocats et en amants de questions et de problèmes juridiques » (4). Qu'on était loin du

(1) *Novelle*, 25.

(2) Voyez pour leurs luttes autour du mathématicien Léon, PAPARRIGHOPOULOS et BURY.

(3) Tout au début de son histoire publiée dans l'édition de Bonn, à la suite du deuxième volume de CÉDRÉNUS.

(4) Ce passage rappelle les lignes de VOLTAIRE montrant tout Paris discourant sur les blés ; cf. F. GAUDEMET, *L'abbé Galiani et la question du commerce des blés à la fin du règne de Louis XV* (Paris, 1899).

sophiste Libanius jugeant « l'étude des lois propre aux petits esprits » (1).

L'influence de l'Université du Monomaque sur la composition de la bureaucratie byzantine, est chose difficile à préciser, attendu que nous ne savons seulement pas quand elle cessa de fonctionner (2). Cependant il est peu probable qu'elle ait été supprimée par l'un des deux Ducas (1059-1078) car sous cette dynastie Psellos et les lettrés tenaient plus que jamais le haut du pavé. Même en admettant qu'elle ait disparu avec eux, elle a eu le temps de former des fonctionnaires en grand nombre.

Doit-on lui attribuer une influence plus générale : la création de la mentalité qui règne avec les Ducas, à savoir la passion du public « pour les discussions juridiques aussi bien que pour les méthodes sophistiques et les controverses sécrétiques (c'est-à-dire administratives) » (3). Si oui, elle eut des conséquences néfastes, car Skylitzès n'a pas tort de dire que ce déchaînement de pédantisme eut pour conséquence « d'ébranler de fond en comble l'empire des Romains ». En effet, avec des empereurs ayant cessé de prendre part aux campagnes (4) et, de peur d'un général victorieux, mettant à la tête des armées des incapables ; avec « une bureaucratie dont tous les intérêts — pour les mêmes raisons — s'oppo-

(1) I, 214. Il est vrai que la jalousie n'est peut-être pas étrangère à ce jugement. Au IV^e^ siècle les études juridiques et le latin commençaient à être préférées à la philosophie et au grec pour le recrutement des fonctionnaires (LIBANIUS, I ,187). J'emprunte ces citations à WALDEN, *The Universities of ancient Greece* (Londres, 1913, p. 126).

(2) Xiphilin se retira assez vite dans un couvent d'Asie Mineure. Il n'en revint que pour occuper le siège patriarcal. On ignore si, et par qui, il fut remplacé au poste de *nomophylax*

(3) SKYLITZÈS, *loc. cit.*

(4) De Basile II à Alexis I, il n'y eut guère que Romain III qui commanda une armée en campagne ; il représentait d'ailleurs une réaction passagère contre la bureaucratie. Michel IV se mit aussi à la tête d'une armée lors d'une révolte bulgare, mais il n'était pas homme à exercer un commandement effectif.

saient aux succès militaires (1), un état entouré de toutes parts d'ennemis allait droit à la ruine. Et si l'empire byzantin y échappa provisoirement, c'est qu'il se jeta dans les bras d'une dynastie essentiellement militaire : celle des Comnènes.

Mais il faut se garder d'attribuer cet état d'esprit néfaste à la création de l'Université. Il l'avait précédé de beaucoup et fut sans doute une réaction regrettable mais explicable (2), contre près d'un siècle de guerres continuelles. De toutes les manifestations de cet esprit, l'Université fut peut-être la seule qu'on ne doive pas regretter. Si elle a fourni à l'état quelques mandarins de plus, elle contribua à sauver les traditions philosophiques de l'antiquité et les traditions juridiques de Byzance, et on s'est plu à en retrouver les fruits jusque dans les universités italiennes de Bologne (3) et de Florence (4). Aussi imiterons-nous dans notre jugement sur le Monomaque, l'exemple de CÉDRÉNUS qui fait à Bardas remise d'une partie de ses péchés, en souvenir de l'Université qu'il créa.

VI.

UNIVERSITÉS ET DÉPENSES PUBLIQUES.

Deux questions resteraient à élucider : *a)* Que coûtaient au Trésor ces universités ? *b)* Comment recrutait-on les fonctionnaires en l'absence d'université ?

---

(1) NEUMANN, p. 74. Ainsi dans l'*Orme du Mail*, M. Bergeret découvrait au régime républicain ce grand mérite, que la crainte d'un général victorieux le rendait pacifique.

(2) Les peuples se lassent assez vite de victoires, se soldant partout par de lourds impôts, et le « régime du sabre » qui à Byzance comportait une prédominance absolue de la classe militaire aux dépens des lettres et des hommes, devait naturellement paraître fort irritant. On avait aussi le sentiment, assez bien fondé, que les frontières de l'empire s'étendaient plus que de raison.

(3) Cf. ZACHARIAE, *Geschichte*, p. IV-V et (contra) PATETTA, *Le scuole giuridiche di Costantinopoli del secolo XI e la scuola di Bologna* (dans *Studi giuridici dedicati a F. Schupfer*, Turin, 1898).

(4) Par l'intermédiaire de Pléthon Gémiste ; cf. le dernier chapitre du livre de Zervos sur *Psellos*.

Nous avons répondu à la première dans une étude publiée dans l'*Annuaire de l'Université d'Athènes* (vol. XVIII, 1923, p. 153-167), aussi n'en dirons-nous ici que l'indispensable.

Pour les premiers siècles les dépenses étaient incontestablement grandes à cause :

1° *Du grand nombre des professeurs.* L'Université de Constantin en comptait près de 20 (1) ; celle de Théodose, sur laquelle nos renseignements sont plus précis, en avait 31, dont 13 de littérature et grammaire latines, 15 de littérature et de grammaire grecques, 1 de philosophie, 2 de droit (2). Ces derniers semblent avoir été portés à quatre par Justinien (3), qui favorisa singulièrement les études juridiques (4). Cela nous donne donc un ensemble de 33 professeurs.

2° *Que les traitements des professeurs devaient être considérables.* Nous manquons de renseignements précis à ce sujet. Mais j'ai ailleurs induit ceci du rang élevé qu'occupait le personnel enseignant dans la hiérarchie byzantine (5). Le titre *de comte de première classe* (6) était conféré par Théodose à un certain nombre des professeurs nommés par lui et pouvait être conféré aux autres au bout de vingt ans de bons et loyaux

---

(1) Cinq orateurs et dix grammairiens y enseignaient le grec et le latin ; il y avait aussi un professeur de philosophie et deux de droit (pour les sources, voyez G. P. Hertzberg, *Geschichte Griechenlands seit dem Absterben des antiken Lebens* ; traduction grecque Carolidès, t. III, p. 331).

(2) Cf. C. Th., XIV, 9, 3, Cf. C. J., XI, 18, I.

(3) Cf. Laborde qui traite de notre question en détail (partie III^e^, ch. 1^er^) et qui estime que quand, en 533, Justinien réorganisa l'enseignement du droit, l'Université de Théodose n'avait pas cessé d'exister.

(4) Ainsi, il étendit aux professeurs de droit la dispense des *munera*, dont une constitution de Constantin (C. Th. XIII, 3, I) ne dispensait que les médecins, les grammairiens et les professeurs de lettres.

(5) Je n'ai pas été peu heureux de constater que le prof. Collinet a reproduit récemment mes conclusions dans sa magistrale *Histoire de l'Ecole de droit de Beyrouth* (Paris, 1925, p. 203).

(6) Laborde (p. 44), remarque « que la comitiva leur donnait le droit de jouir de la dignité vicariale », et Hertzberg (III, 606), « qu'elle correspondait dans la hiérarchie allemande au rang de conseiller secret, avec la qualité d'Excellence ».

services *(observatione jugi ac sedulo docendi labore)*. Un autre argument peut être fourni dans le même sens, par la tradition latine, et ce que nous apprennent les sources sur les chaires créées par les empereurs à Athènes, Rome et même dans les provinces reculées (1).

En tout cas les empereurs byzantins suivirent et même élargirent une autre tradition romaine datant de Vespasien et selon laquelle les professeurs étaient dispensés des *munera*. Etant donnés le nombre et la variété de ces charges, dont le Code Théodosien nous a conservé la liste (2), cette *immunitas* (ἀτέλεια) constituait un supplément de traitement considérable.

---

(1) Vespasien dota les chaires d'éloquence grecque et latine de Rome, d'un traitement annuel de 100.000 sesterces : 25.000 francs or (Suétone, *Vespasien*, 18), A Athènes, la chaire politique (c'est-à-dire municipale) d'éloquence reçut d'Antonin le Pieux un traitement d'un talent : 5.400 francs or ; les chaires impériales de philosophie, créées par Marc-Aurèle reçurent elles 10.000 drachmes, soit 9.000 fr. (Cf. J. Walden, *The Universities of Ancient Greece*, p. 171 ; les sources sont citées). Encore au 3e siècle, quand Constantin Chlorus réorganisa l'Université d'Autun, il fixa le salaire d'Eumène, son directeur, à 600.000 nummi (Eumenius, *Pro rest. scol.* 14). On pense que le *nummus* équivalait au *denarius* de Dioclétien, lequel a été évalué par Mommsen (*Hermes*, T. XXV, p. 17-35) à un peu moins de 2 pfennigs ; Eumène aurait donc reçu de 12.500 à 15.000 fr. or par an.

Etant donné que le pouvoir d'achat des métaux précieux était au moins de cinq fois supérieur à celui d'aujourd'hui, ces traitements apparaissent comme excessivement élevés. Il faut cependant tenir compte du prestige énorme des professeurs de philosophie (Eunapius dit que Libanius refusait les postes les plus élevés qu'il jugeait inférieurs à la situation de *Sophiste*) et des bénéfices très grands que leur procurait l'enseignement libre. Ils comptaient des dizaines, parfois des centaines, d'élèves (Fritz Schemmel, *Die Hochschule von Constantinopel im IV Jahrhundert*, dans « *N. Jahrb. für d. Kl. Alterthum*, » XXII, 1908, p. 914). Plusieurs d'entre eux reçurent des dons énormes d'Hérode Atticus et autres protecteurs des lettres et des arts (pour détails, voir Walden, p. 180-2).

Cependant il ne manquait pas à l'époque gréco-romaine de gens qui désapprouvaient ces traitements excessifs. Tatien, dans son *Discours aux Grecs* (probablement 173 A. D.) se plaint que le basileus des romains donne 600 pièces d'or aux philosophes « ὅπως μηδὲ τὸ γένειον δωρεὰν καθείμενον αὐτῶν ἔχουσιν ».

(2) Pour détails, voyez les auteurs qui ont traité de l'administration de l'empire romain : Serrigny, Kuhn, Madwig, Humbert, Bouchard, Seeck, etc. Tous ces ouvrages sont basés en bonne partie sur les grands codes.

En somme l'état consentait du IV^e^ au VI^e^ siècle des sacrifices directs et indirects importants. *En était-il de même du VI^e^ au VIII^e^ pour l'Universié de l'Octagone?*

Du Cange (1) l'affirme et les choses seraient sans doute allées ainsi, si le Tétradission était l'ancienne université de Justinien et par conséquent une institution publique (2). Mais les auteurs modernes sont portés à croire que l'Octagone était une institution purement monastique, et que c'est tout au plus si quelque empereur lui accorda une subvention (3).

Il est par contre incontestable que Bardas se chargea de tous les frais de la Magnaure. Mais si *largement* (4) qu'il fit les choses, il dépensait sans doute moins que le Porphyrogenète, qui non content de stipendier les professeurs, nourrissait les élèves de son école d'administration et leur fournissait de l'argent de poche.

Malheureusement les sources ne contiennent rien qui puisse nous permettre d'évaluer les dépenses du haut enseignement aux IX^e^ et X^e^ siècles. Pour le XI^e^, la Novelle du Monomaque contient, au contraire, un renseignement très précis. L'empereur dit au nomophylax : « Tu recevras de nos mains tous les ans une *roga* de quatre livres d'or et un *blattion* et un *vaïon*, et tu auras comme sitéression ceci et ceci (5) ».

A part le mot *vaïon* qui prête à controverses (6), le texte

---

(1) *Glossarium mediae et infimae graecitatis* au mot Διδάσκαλος Οἰκουμενικός.

(2) Cependant le trésor aurait dépensé moins au VIII^e^ siècle qu'au VI^e^ parce que dans l'intervalle, les treize chaires latines et les chaires de droit avaient disparu. (Cf. plus haut § II).

(3) Laborde, p. 137.

(4) Δαψιλῶς, disent les sources.

(5) Je traduis mot à mot ; à la place des mots *ceci et ceci* il y avait sans doute des chiffres, que le copiste (comme cela ne s'est fait que trop souvent) a négligé de reproduire.

(6) L'opinion courante était qu'il s'agissait de menus dons faits annuellement. Mais on a remarqué que le mot *vaïon* désigne aussi une canne de cérémonie, enrichie de petites perles (Voyez pour détails Andréadès, *Annuaire Université*, p. 165).

est des plus clairs. Nous savons que les hauts fonctionnaires byzantins recevaient un traitement en numéraire et des habits de galas distribués une fois par an des mains de l'empereur (c'est la *roga* et le *blattion* (1), manteau de pourpre). Ils avaient en outre droit à un traitement en nature, le *sitéression* qui a subsisté en Turquie sous le nom de *taïn* (2). En somme, le *nomophylax* recevait de quoi se nourrir pendant l'année, plus un manteau de pourpre d'un grand prix, enfin quatre livres d'or.

La valeur intrinsèque de ce traitement est de 4.320 francs or, mais comme la puissance d'achat de l'or était au XI[e] siècle au moins cinq fois plus grande qu'en 1914 (3), il vaudrait au moins 22.000 francs d'avant-guerre. Le blattion devait valoir au bas mot (4) 25 pièces d'or, soit 2.000 fr. d'avant-guerre. Avec le *vaïon* et le *sitéression* (5) le poste devait revenir à 30.000 fr. d'avant-guerre environ. Et certes ce traitement était

---

(1) Du latin *blatta*.

(2) Voltaire, se sert de ce mot quand il décrit le séjour de Charles XII en Turquie.

(3) Cf. A. Andréadès, *De la monnaie et de la puissance d'achat des métaux précieux dans l'Empire Byzantin* (Extrait de *Byzantion*, Bruxelles, 1925).

(4) L'état de Gênes évaluait en 1175, les deux *blattia* que l'empereur s'était engagé à donner annuellement à la colonie génoise, à 50 hyperpres par pièce. Cf. Sauli, *Della colonia dei Genovesi à Galata*. (Turin, 1831, t. I, p. 183).

(5) A la réflexion j'ai renoncé d'utiliser pour l'évaluation du *sitercssion* certains renseignements remontant au VI[e] siècle. A cette époque des salaires en nature étaient attribués aux professeurs d'Université. Ainsi Walden (p. 178) cite un passage où l'un d'eux, Thémistios, dit recevoir 200 médimnes de blé et deux cent cruches de vin (probablement par mois, dit l'écrivain américain). Ainsi l'édit de 376 fixe le salaire des professeurs des Gaules à 24-30 annones pour les sophistes et 12-20 pour les grammairiens.

Otto Seeck a montré qu'une annone était composée de comestibles divers suffisants à nourrir, pauvrement il est vrai, un soldat et sa famille. (*Untergang des antiken Welt*, la note de la p. 540, tome II). J'ai de mon coté calculé qu'au IV[e] siècle 2 médimnes (soit 12 modii), valaient une pièce d'or. (*La Puissance d'achat des métaux précieux à Byzance*, p. 23-4).

Mais il faut se rappeler qu'au IV[e] siècle les salaires en numéraire avaient été complètement remplacés par des annones (ceci pour obvier aux inconvénients des variations des prix, alors très grandes). Aussi les articles fournis

justifié par « les lourdes charges et les responsabilités » (1) du poste (2). Mais enfin il n'en reste pas moins de beaucoup supérieur à n'importe quel traitement universitaire contemporain.

Les collaborateurs du *nomophylax*, les *maïstores* (3) avaient un salaire, moindre sans doute, mais qui n'en augmentait pas moins d'autant le budget impérial. La faculté de lettres devait coûter plus encore que la faculté de droit : Le prince des Philosophes, Psellos, dut naturellement être aussi bien traité que Xiphilin, et ses deux collaborateurs (Nikétas de Byzance et Jean Mauropus) étaient des gens trop influents pour se contenter de salaires réduits (4).

En somme du IX^e^ au XI^e^ siècle la formation des fonctionnaires par le haut enseignement était un procédé coûteux et ceci explique pourquoi il ne fut en somme appliqué qu'exceptionnellement.

Ceci nous conduit à notre dernier paragraphe.

---

aux fonctionnaires dépassaient-ils les besoins de leur consommation personnelle, et ceux-ci étaient-ils, pour couvrir leurs autres besoins, obligés d'en convertir une partie en argent. A telles enseignes, que les sources montrent Thémistios et d'autres philosophes, gémissant de se voir transformés en marchands de blé et de vin.

Au contraire, au XI^e^ siècle le siteression devait se borner aux besoins de bouche des fonctionnaires ; pour leurs autres besoins, ils avaient la *roga*. Cependant, il est difficile de penser que la marché d'un fonctionnaire ayant rang de sénateur (*Novelle* 11), pût revenir à moins de cinq mille francs par an d'avant-guerre. Et c'est sur cette supposition que je calcule le total des revenus du *nomophylax* à 30.000 francs.

(1) Voyez p. 14, de l'étude de W. Fisher, sur *Xiphilin* (*Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts*, Plauen, 1883).

(2) « Il devait consacrer sa vie entière à la formation des jeunes gens, étudier la nuit et enseigner toute la journée » (*Novelle* 13). Il était tenu à des audiences fréquentes auprès de l'empereur (ib. 11).

(3) Ceux-ci ne sont pas nommés dans la *Novelle*. mais leur existence résulte du texte (au par. 26 on parle de maitres au pluriel) et d'autres documents juridiques postérieurs (cf. Andréadès, p. 163 de l'*Annuaire de l'Université*).

(4) Généralement, la bureaucratie dut profiter de sa toute puissance pour augmenter les traitements, car nous voyons qu'une des premières mesures prises par Isaac Comnène, au début de son trop court règne, fut de réduire ceux-ci.

VII.

Du recrutement des Fonctionnaires en l'absence d'Université.

On a suggéré que même quand un Institut Supérieur faisait défaut, il existait *des écoles permanentes de fonctionnaires au sein de l'administration même.*

Ainsi Bury (1) pense que le *protonotaire* était à la tête d'une école de *notaires*, de laquelle provenaient la plupart des « notaires royaux, attachés aux bureaux des finances »; Zervos, de son côté, écrit : (2) « Psellos entra dans l'administration, en se faisant nommer élève de la « secrète » ; et il ajoute en note : « *c'étaient des écoles d'archivistes attachés aux chancelleries sous la surveillance de savants. Les jeunes gens qui désiraient occuper des emplois dans l'administration de l'empire y faisaient leur stage* ». Comme nous savons d'autre part (3) que les « asekretes » (au rang desquels entre Psellos) différaient des notaires « seulement en ce qu'ils formaient une classe supérieure », on devrait conclure de ces deux textes qu'il existait une *école pour chaque classe de fonctionnaires.*

Qu'une école exista, la chose n'est pas impossible. Zervos appuie sa note d'un renvoi à Jean Lydus, qui dit en effet (III, 13, p. 172 édit. Hase) « que les fonctionnaires ayant terminé leur surnumérariat (βοηθούρα) se réunissaient dans la cour du préteur, où des maîtres illustres dans les lettres discutaient avec eux et les éclairaient sur des questions logiques ». Mais Lydus vivait au VI^e^ siècle (490-560) et Psellos, dont le témoignage serait décisif, et qui nous a laissé une description (4) assez sombre de sa vie d'asécrète (5), ne fait même pas

(1) *Administration*, p. 89.
(2) Page 65.
(3) Bury, 97.
(4) Voir lettre XIII^e^, Sathas, vol. V, p. 248-253.
(5) Il lui déclare préférable « le feu de la géhenne ».

allusion à une pareille école ; ce qu'il nous dit de la vulgarité de certains de ses collègues et du grand âge d'autres (1) semble même en exclure l'hypothèse.

D'autre part, dans son *Oraison du patriarche Jean Xiphilin* (2). Psellos montre que l'entrée dans l'administration était subordonnée à un examen très compliqué (3) et très dur. Cet examen rappelle celui institué pour obtenir l'autorisation d'exercer les professions d'avocat et de notaire (4). On exigeait des candidats beaucoup de connaissances (5). Mais ces connaissances ils devaient se les procurer, à leurs frais, de professeurs privés. Ce système ne contribuait naturellement pas au développement des études juridiques (6). Pour le recrutement des fonctionnaires il devait avoir l'inconvénient supplémentaire de rendre très difficile l'arrivée au concours des étudiants pauvres qui n'avaient pas les moyens de rétribuer les répétiteurs et d'acheter des livres (7). Aussi la création et l'entretien d'Universités, pour coûteux qu'ils fussent, correspondaient-ils non seulement au goût des lettres, qui ne quitta

---

(1) « L'un mettait en avant sa rapidité à écrire, l'autre sa supériorité intellectuelle, le troisième sa force musculaire, l'autre sa parole facile, l'autre la vulgarité et l'inconvenance de ses propos, l'autre enfin son grand âge ». (p. 252). Tous d'ailleurs intriguaient à plaisir pour gagner les bonnes grâces du protoasécrète (p. 253).

(2) SATHAS, vol. IV.

(3) Βασανισθείς ἐπί παντί λόγῳ, ἐπί πολλαῖς κρισεσιν.

(4) Cf. J. NICOLE, *Sur l'enseignement du droit à Constantinople sous le règne de Léon VI* (appendice à l'édition du *Livre du Préfet*, p. 82 sq.).

(5) Le candidat notaire devait savoir par cœur les quarante livres du *Prochiron* et connaitre les soixante livres des *Basilique*. Il devait aussi posséder l'ἐγκύκλιος παίδευσις, de façon à parler et à écrire impeccablement (*Livre du préfet*, I, § 2).

(6) Voyez LABORDE, p. 160-1.

(7) Le haut prix des livres renforçait les privilèges de fait des classes possédantes. Un auteur du temps dit de PHOTIUS. « Tout concourait en sa faveur : les dons de la nature, l'étude, la *richesse* qui lui permettait de réunir tous les livres » (Cité par Monseigneur PAPADOPOULOS, p. 10).

jamais les Grecs, mais aussi, à des idées d'égalité, qui ne semblent pas familières au moyen-âge et que pourtant on rencontre assez souvent dans la législation byzantine.

ANDRÉ ANDRÉADÈS.

NOTRE ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN, SES ENNEMIS ET SES DÉFAUTS

PAR

CH. APPLETON

CORRESPONDANT DE L'INSTITUT

PROFESSEUR HONORAIRE A L'UNIVERSITÉ DE LYON

NOTRE ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN SES ENNEMIS ET SES DÉFAUTS

Introduction. — Les ennemis politiques du droit romain. — Défauts de notre Enseignement: — 1. Excès d'une érudition stérile et absence de rapprochements avec les législations modernes. — 2. Mépris pour les romanistes anciens et en particulier pour Pothier, qui les résume dans ses *Pandectae Justinianeae*. — 3. Manque d'esprit pratique, révélé notamment par l'interprétation impossible du « *membrum ruptum* » des XII Tables ; autres exemples. — 4. Défaut de contact avec les textes et méconnaissance de l'union intime, à Rome, de la morale et du droit.

INTRODUCTION.

Les ennemis politiques du droit romain

Notre jubilaire avait bien raison de dire dans la préface de son si remarquable Manuel : « L'aversion courante pour le droit romain et en général pour l'histoire du droit procède sans doute d'un vice de l'enseignement ».

Oui, notre enseignement a des défauts — et ce travail a précisément pour objet de les étudier — mais il a aussi des ennemis.

D'abord il a contre lui le préjugé moderniste. On sait à quel point il sévit aujourd'hui, même sur les enseignes. On y lit : « Ressemelage moderne », « Triperie moderne », et même, ô truisme ! « Cinéma moderne ». La modernité donne partout un brevet de supériorité. Cela rappelle les Byzantins, qui, eux aussi, furent les modernes et qui, du haut de leur modernité, jugèrent parfois d'une façon un peu dédaigneuse les doctrines

des grands Prudents. Leur infatuation nous fait sourire; prenons garde cependant de leur ressembler ; craignons que nos dédains de l'antiquité n'éveillent un jour les sourires de la postérité.

En vain M. Léon Bérard a-t-il réagi contre ce préjugé et tâché de rendre aux humanités, aux langues, non pas mortes, mais immortelles, leur place légitime, leur fonction, qu'aucune autre ne peut aussi bien remplir, dans la formation de la raison. C'est aussi le rôle, principal à nos yeux, du droit romain dans nos Facultés. En tous cas le sort du droit romain, de l'avis même de ses adversaires, est étroitement lié à celui des humanités, et l'on ne peut s'étonner que le changement politique, qui a occasionné dans l'enseignement secondaire un abandon momentané des mesures prises par M. Bérard, ait eu sa répercussion sur le droit romain.

Le journal *L'Œuvre* du 3 décembre 1924 a en effet publié un article ayant pour titre : *Il reste un décret Bérard à révoquer* (1). En voici la partie essentielle :

« Il ne faut pas méconnaître que l'œuvre de M. Bérard est fort cohérente et logique. Il y a une liaison certaine entre sa conception du latin obligatoire dans l'enseignement secondaire et celle qui confirme la suprématie du droit romain sur les sciences juridiques plus modernes. Les partis conservateurs

(1) Ce décret se bornait à restituer le caractère de cours obligatoire (et non pas à option) au semestre de droit romain consacré en seconde année aux obligations. On sait que sur ce point le Code civil a résumé le traité de Pothier, entièrement emprunté au droit romain. C'était la partie de ce droit la plus utile (ou plutôt indispensable) pour l'intelligence du Code civil en cette matière, donc celle qui présentait pour les étudiants cet intérêt pratique qu'ils recherchent non sans raison. Il ne s'agissait donc nullement de *prédominance*. Certes, le droit industriel présente de nos jours un intérêt tout particulier, mais le cours d'économie politique, qui dispose de deux années (en licence) ne pourrait-il pas se l'annexer? Quant au droit international public, le professeur de droit international privé — matière qui occupe tout un semestre, autant que le droit constitutionnel! — ne pourrait-il, en le réduisant à de beaucoup plus justes proportions, y joindre les *éléments* du droit international public?

ont intérêt à trouver dans les provinces l'appui d'une basoche confortablement nourrie de droit romain et d'humanités classiques (1). Au contraire, le droit international et la législation ouvrière ont la réputation de former des esprits hardis, novateurs et, pour tout dire, avancés ».

A la bonne heure ! S'il s'agit, par notre enseignement, de faire des hommes d'opinions avancées, le droit romain ne peut probablement pas y contribuer. Il vise à faire des hommes justes. Il protège efficacement la propriété privée, il enseigne la fidélité à la parole donnée, le respect des obligations ; il proclame que l'on ne doit pas s'enrichir injustement au détriment d'autrui. Donc on ne peut jouir des chemins de fer construits avec les économies des laboureurs, des artisans, des employés, des domestiques de France, sans rembourser un rouble à ces « capitalistes ». Évidemment il retarde. Il repose sur l'équité : *jus est ars boni et aequi*; or l'équité c'est l'égalité; l'égalité notamment entre les prestations réciproques ; il veut donc que l'ouvrier touche un salaire juste, correspondant à la valeur du travail qu'il fournit, au profit qu'il procure à l'employeur ; que le producteur ou le marchand, par des procédés abusifs, qui sentent l'usure, n'exploite pas les besoins du consommateur. Ce sont là des buts que les esprits avancés trouveront sans doute trop modestes. Mais il est encore des gens qui pensent que, si l'on réussit à faire régner en ce monde la justice, cela aidera le reste à nous venir par surcroît (2).

Quand on voit les passions politiques inspirer ces attaques contre le droit romain, on perd tout espoir d'arriver, par des raisons, à convaincre ses adversaires.

On a plus de chances d'y parvenir en ce qui touche des

---

(1) L'écrivain ne se fait-il pas ici un peu d'illusion sur le degré d'assimilation des humanités et du droit romain, dont est susceptible, en général, la bourgeoisie, provinciale ou autre?

(2) Le reste, c'est l'amour des hommes, qui vise à dépasser la justice, et à tenir compte des besoins de chacun.

civilistes éminents qu'on a vu, non sans quelque surprise, prendre part, dans une certaine mesure, à cette campagne contre le droit romain.

Chez eux, cet état d'esprit ne peut venir que des défauts de l'enseignement reçu. Bien compris, cet enseignement aurait trouvé, chez ces civilistes, ses plus énergiques défenseurs (1). Il est donc fort utile de rechercher les défauts qui ont pu lui aliéner les sympathies d'une partie de ces éminents juristes.

DÉFAUTS DE NOTRE ENSEIGNEMENT.

1. — Ces défauts, nous ne nous flattons point de les avoir évités dans notre enseignement. Le fait d'en avoir depuis longtemps signalé deux, le second et le troisième, n'implique pas que nous ayons su nous en affranchir. On se libère difficilement des méthodes de l'enseignement que l'on a reçu, des habitudes prises, de l'influence d'auteurs justement renommés : on recule devant l'énormité du travail d'un enseignement à refondre complètement et l'on est souvent réduit à dire tout bas : *Video meliora proboque, deteriora sequor.*

QUELS SONT DONC NOS DÉFAUTS?

D'abord les étudiants sont unanimes à se plaindre, du moins dans certains cours, d'un excès d'érudition, pour eux complètement stérile. Au professeur, certes, l'érudition s'avère utile, et même nécessaire ; mais, s'il incombe aux maîtres de s'assimiler, non sans amertume parfois, les racines de la science, ses fruits, beaucoup plus doux, doivent constituer la nourriture destinée aux élèves.

---

(1) La *Rev. intern. de l'Enseignement*, de 1891, a publié un long article où nous avions essayé d'énumérer les multiples et précieuses utilités du droit romain, confirmées depuis par le témoignage de nos meilleurs élèves. Des magistrats de l'Indo-Chine française nous en ont même révélé une nouvelle : l'organisation de la famille romaine, le culte des morts et ses conséquences juridiques, leur ont permis de bien comprendre et appliquer les coutumes de ces populations.

Un jeune professeur de droit romain (1) écrivait récemment : « Les études archéologiques doivent être sévèrement proscrites de l'enseignement, sauf pour la préparation à l'agrégation. Il convient de se rappeler que l'immense majorité de notre clientèle d'étudiants n'est pas destinée à faire des savants, mais des jurisconsultes. Certains d'entre nous ont paru l'oublier, et ont peut-être provoqué, par réaction, l'agression dont le droit romain est victime aujourd'hui ».

Cet excès d'érudition est dû surtout à ce qu'on s'est souvent appliqué, avec une prédilection marquée et bien plus que de raison, à la préhistoire du droit romain, qui ouvre un si large champ à l'imagination et une si belle occasion (mais hélas, si négligée) d'appliquer l'*ars nesciendi*. On a trop abusé de l'une et pas assez usé de l'autre. Un jeune savant tombé dans la grande guerre écrivait avec raison en 1906 :

« Je ne crois pas m'éloigner beaucoup de la vérité en disant que supprimer dans nos Manuels de droit romain ce qui n'est que pure hypothèse, serait réduire de moitié leur volume. » (Acher, *Revue générale du Droit*, t. XXX, p. 500).

Si encore ces hypothèses étaient toujours raisonnables ! (Voyez plus bas, § 3).

Les autres défauts de notre enseignement présentent un trait commun : ce sont des carences. Défaut de contact avec les législations modernes, avec les réalités pratiques, avec les textes, avec la morale, je dis celle des jurisconsultes romains.

Au point de vue de la popularité de notre enseignement, le plus pernicieux de ces défauts a consisté à isoler systématiquement le droit romain des autres systèmes juridiques des temps modernes. Alors qu'en Allemagne, par exemple, le même professeur enseigne pendant un semestre le droit romain et pendant l'autre le Code civil, ce qui assure très efficacement

(1) M. Henri Levy-Bruhl. *Revue intern. de l'Enseignement*, 15 mars et 15 avril 1925, p. 96.

un lien intime entre les deux enseignements, chez nous on les considérait comme deux compartiments étanches (1). Et pourtant quantité d'articles du Code civil, inspirés par le droit romain, ne s'expliquent complètement que par lui. Contre ce défaut, M. Cornil a vigoureusement réagi dans son excellent Manuel.

2. — Cependant M. Girard (*Manuel*, p. 5) n'a pas trouvé décisive en faveur de l'enseignement du droit romain, la raison tirée de son utilité professionnelle pour l'intelligence du droit moderne. Car, dit-il, « elle nous mènerait à étudier, non pas le droit romain vrai... mais le droit romain tel qu'il était entendu par nos anciens auteurs. Il est bien certain, par exemple, que quand Pothier a mal compris une théorie romaine, ce n'est pas la théorie véritable de Rome, mais le contre-sens de Pothier qui a passé dans nos Codes. Une étude ainsi conduite pourrait être féconde en résultats pour l'intelligence de l'origine de nos lois positives. Elle n'aurait presque rien de commun avec l'étude scientifique du droit romain ».

Scientifique... c'est à dire évidemment, historique. Cela appelle quelques observations :

Sans doute nos anciens romanistes ne pouvaient avoir, avant la découverte des Commentaires de Gaius, que des notions incomplètes sur le régime formulaire et ont pu se tromper sur l'interprétation de certains textes. Croit-on que, même avec tant de ressources nouvelles, nos commentaires modernes les plus réputés soient à l'abri de graves erreurs? Sans sortir de notre sujet, nous aurons l'occasion d'en signaler une.

Mais de ce que, par exemple, la théorie de Martinus Gosia sur la compensation légale a passé dans le Code civil, s'ensuit-il qu'il faille la négliger? Bien au contraire, il nous faut en démon-

(1) Nous avons jadis dans la *Revue internationale de l'Enseignement*, de 1891, t. XXI, pp. 261-265, protesté contre ce système déplorable qui enlevait à notre enseignement du droit romain une grande partie de son utilité et de son intérêt.

trer l'erreur, et nous garder d'en faire, dans l'interprétation de notre Code, des applications trop extensives, pour observer la si judicieuse règle posée par CELSUS (fr. 39, D. *de legibus*, I, 3) :

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis non obtinet.

Pourquoi, sous prétexte d'étude scientifique, laisser systématiquement de côté la manière dont les rédacteurs du Code civil ont compris le droit romain? L'une n'empêche pas l'autre, au contraire. Cette omission, d'autant plus inexcusable qu'elle est volontaire, enlève à notre enseignement l'utilité pratique, recherchée avant tout par les étudiants.

Il est un livre admirable qui nous révèle le droit romain tel qu'il était connu à la fin du XVIII^e^ siècle. C'est le traité en trois volumes in-folio appelé les *Pandectae Justinianeae* de POTHIER. Cette entreprise prodigieuse, de mettre dans un ordre logique les textes contenus dans chaque Titre du Digeste, les Byzantins avaient désespéré de l'accomplir, après s'y être essayés dans les premiers Titres des Pandectes. L'œuvre de POTHIER, fruit de douze années d'un travail acharné, résume au point de vue de la critique des textes, de leur interprétation, toujours naturelle et sensée, tous les travaux précédents, depuis la Glose jusqu'aux romanistes français ou étrangers du XVIII^e^ siècle. POTHIER, le plus consciencieux des écrivains, n'en a pas consulté moins de deux cent quarante huit, dont il nous donne la liste au début du troisième volume de ses *Pandectae* (1). Et combien de ces traités sont des in-folios en plusieurs volumes? (1)

(1) Des travaux beaucoup plus brefs, quand ils avaient de l'importance, ne lui ont pas échappé, témoin l'œuvre utile de JAUCH (Siegmius Richardus Jauchius): *Meditationes criticae de negationibus quae Pandectis Florentinis recte vel male adjectae aut detractae aut circumscriptae sunt, item de adjiciendis quibusdam aut transferandis. In actis Lipsiensibus*, Februar. 1729. Il s'agit des *Acta eruditorum* de Leipsick, *ab anno* 1682. On peut être sûr que Pothier n'aura rien omis de notable dans cette critique du texte de la Florentine. Sur la question des négations qui y sont omises ou intruses, voyez *N. Rev. hist. de droit*, 1916, pp. 1-61.

Il n'oublie pas de signaler les interpolations assez nombreuses, déjà reconnues de son temps par Cujas et particulièrement par le Président Favre.

Pourquoi mentionner le moindre travail allemand, souvent aventureux ou sans valeur (1), et ne tenir aucun compte de cet admirable résumé de tous les efforts d'interprétation des Pandectes, publiés avant le XIX^e^ siècle, que nous présente le si méritoire labeur de Pothier?

Il n'a pas du génie, comme Cujas, et sa seule originalité, mais elle a son prix, c'est cet arrangement dans un ordre rationnel, des textes de chaque Titre du Digeste, complétés d'ailleurs par les constitutions impériales ayant pu modifier leurs solutions. Ces rapprochements des textes traitant la même question y projettent une précieuse clarté. Ceux qui ont assidûment compulsé ce livre, sont restés émerveillés de cette pensée claire, simple et judicieuse, qui parmi les diverses opinions de ses devanciers sait toujours choisir la plus sensée, la plus pratique, par conséquent celle qui a le plus de chance de traduire fidèlement la pensée des jurisconsultes romains. A lui surtout s'applique exactement la parole de Brinz (2) : « Les Français, avec leur pensée précise, positive et supérieurement claire, se rapprochent davantage de nos Maîtres antiques que l'esprit allemand, quand il s'adonne à ses minutieuses recherches ».

C'est à un tel homme que l'on n'a pas craint de presque dénier le titre de romaniste (3)!

Le mépris ainsi jeté sur l'œuvre de Pothier a exercé sur plus d'une génération de professeurs une influence, à nos yeux

---

(1) Comme le travail de Maschke, sur le procès de Virginie, qu'un romaniste allemand bien connu, le professeur Ubbelohde, appelle « le bousillage d'un amateur de la pire espèce ». (*Goettingische Gelehrte Anzeigen*, 1888, I, p. 377.)

(2) Cité par Erman, *Zeitschrift der Savignystiftung, R. A.*, XI, p. 225.

(3) Girard, *Manuel*, 6^e^ éd. p. 91. Il dit que Denys Godefroid « mérite en tous cas mieux le nom de romaniste que les *civilistes* Domat et même Pothier ». C'est nous qui soulignons *civilistes*.

très fâcheuse, et nous paraît pouvoir être rangé parmi les défauts reprochables à notre enseignement.

3. — Un autre défaut de notre enseignement nous est révélé par un bien singulier reproche que l'on a fait au droit romain lui-même. On a vu des écrivains accuser le droit romain de manque d'esprit pratique (1), alors que l'esprit pratique s'avère au contraire comme la qualité maîtresse des grands jurisconsultes dont le Digeste nous a conservé les écrits.

L'étonnement redouble quand on rencontre cet absurde reproche sous la plume de civilistes qui ne craignent pas d'opposer encore la Doctrine à la Jurisprudence, l'École au Palais (2). Enseigner des doctrines qu'un avocat n'oserait plus soutenir devant un tribunal, sachant qu'on ne l'écouterait même pas, ce n'est pas faire preuve de beaucoup d'esprit pratique.

Mais ce reproche incroyable adressé au droit romain ne forme-t-il pas un acte d'accusation bien sérieux contre la manière dont il a été enseigné à ses accusateurs? Une spécialisation trop hâtive, résultat de la division de l'agrégation en quatre branches, qui isole le droit romain et l'histoire du droit des législations modernes, a encore aggravé cette tendance à négliger le côté pratique des institutions. On a beau exposer à ces théoriciens que telle institution romaine, comprise comme ils le font, n'aurait pu pratiquement fonctionner, ils restent insensibles à ce genre d'objection. Le cas du *membrum ruptum* en fournit un exemple typique.

On sait que les XII Tables édictaient une composition de 300 as pour la fracture d'un os, le talion pour le *membrum ruptum*, à défaut de transaction, et 25 as pour *toutes* les autres

---

(1) *Rev. gén. du droit*, 1921, p. 214. M. Ed. Cuq (*Institutions* I, 1re éd., p. 594), proclame avec raison la parfaite connaissance des besoins de la pratique chez les jurisconsultes romains.

(2) Contre cette stupéfiante scission, voyez la vigoureuse et pénétrante étude de notre éminent collègue M. Lambert, *Rev. int. de l'Enseignement*, 1900, pp. 220 et s.

injures (1). Par ce *membrum ruptum*, qu'ils traduisent souvent par « membre rompu » (2), les romanistes en général entendent l'amputation d'un membre, quelques-uns parlent même d'arrachement (3). Cependant quelques jurisconsultes de tout premier plan (4) que nous avons suivis (5), ont bien vu qu'il s'agissait d'une blessure quelconque, autre que *l'os fractum*.

En effet l'interprétation de *membrum ruptum*, dans le sens d'amputation, se heurte a une impossibilité pratique. On oublie que GAIUS, qui connaissait mieux que personne la loi des XII Tables, l'ayant commentée en six livres, nous affirme

---

(1) Voyez les citations dans BRUNS, *Fontes*, et dans GIRARD, *Textes*, table VIII, 2.

(2) ACCARIAS, *Précis*, sur *Inst.* IV, 4, 7.

(3) HUVELIN, *La notion de l'injuria dans le très ancien droit romain*, dans les *Mélanges C. A.*, pp. 377 et s. D'après lui il s'agirait du membre enlevé, amputé, arraché. Il ajoutait (p. 378, n. 1). « Je ne trouve d'interprétation se rapprochant de celle qui est proposée ici que dans HUSCHKE, *Gaius*, p. 119 ». Mais M. GIRARD, *Manuel*, 6e éd., p. 409, qui traduit *Membrum ruptum* par rupture d'un membre, cite des auteurs allemands de 1820, 1824, 1889, pour qui cette injure serait la destruction d'un membre (en y comprenant les yeux, le nez, les oreilles) résultant de son *amputation* ou de son invalidité totale. D'ailleurs cette idée d'amputation est bien plus ancienne encore, on la trouve notamment, et probablement pas pour la première fois, dans Pothier, *Pandectae Just.*, publiées en 1743, I. Table VII (*sic*), *cap.* 7, 4, 2, p. CXXXI. A propos de l'*os fractum* il dit : « Videtur porro hic legis articulus a superiori (le cas du *membrum ruptum*) in eo differre quod ex eo teneatur qui os alteri fregit ita ut restaurari possit, ex praecedenti vero (dans le cas du *membrum ruptum*) qui aliquem membro aliquo mancum fecit ». — On sait seulement depuis 1816, par GAIUS retrouvé, que *toutes* les injures autres que l'*os fractum* et le *membrum ruptum* coûtaient 25 as. C'est cette uniformité de sanction, pour des lésions d'une gravité très diverse, qui crée l'impossibilité pratique de restreindre le *membrum ruptum* au seul cas d'amputation. Mais Pothier n'avait pas les commentaires de GAIUS, retrouvés en 1816 seulement. — M. ED. CUQ (*Manuel*, p. 559), sans approfondir le sujet, se borne à dire : « l'ablation d'un membre est punie du talion ».

(4) R. v. IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, III, p. 113, n. 111. — *Riche et pauvre* (*Etudes complémentaires de l'Esprit du droit romain*, IV, *Mélanges*, trad. de Meulenaere, p. 215-298), pp. 287 et suiv. — PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, 1867, pp. 2-3, cités par HUVELIN, *op. cit.*, p. 379, n. 1.

(5) Le testament romain, 1903, p. 23, n. 3.

(III, 223) que *toutes* les injures, autres que l'*os fractum* et le *membrum ruptum* donnaient lieu à une *poena* uniforme de 25 as. Paul (*Collatio* II, 2, V, § 5) considère cette dernière disposition comme *generalis*, les autres, notamment la fracture d'un os, comme *speciales*.

Dès lors si l'on traduit *ruptum* par *amputé*, totalement détruit, on se trouve en présence d'un dilemme :

Ou bien la coutume, et les XII Tables qui la reproduisent, n'ont pas prévu les innombrables violences qui, sans briser un os ou amputer un membre, ont causé des blessures ou contusions souvent très graves, c'est à dire le cas normal, infiniment plus fréquent que les deux autres, ce qui est aussi impossible qu'absurde ;

Ou bien la coutume et les Décemvirs ont voulu fixer à la même faible composition de 25 as, tous les coups et blessures n'entraînant ni fracture, ni amputation, quelle que fût d'ailleurs leur gravité, absolument comme les violences simplement injurieuses, mais ne laissant pas de traces, par exemple les soufflets de Veratius. Ainsi on aurait pu pour 25 as infliger à son ennemi une volée de coups de bâton, le cravacher d'importance, le couvrir de meurtrissures, bien mieux, le larder de coups de couteau (sans amputation), le tout pour le prix fixe de 25 as. A ce compte là Veratius était un homme bien débonnaire : au lieu de se contenter de souffleter ses concitoyens, il aurait pu les rouer de coups pour le même prix de 25 as, que versait immédiatement l'esclave porteur de sa bourse. En vain M. Girard (op. cit. p. 400 n. 4) m'accuse-t-il « d'exagérer beaucoup la défectuosité pratique du premier système ». Ces conséquences sont inéluctables : elles rendent le système en question absurde et ridicule, il est vrai, mais je n'y puis rien. Ce n'est pas de défectuosités qu'il s'agit, mais d'impossibilités et qu'il est impossible d'exagérer.

Quand on songe que les lois barbares, notamment la loi salique, qui y consacre plusieurs chapitres, distinguent minutieusement et tarifient spécialement une énorme variété

de lésions, qui pourrait croire que les XII Tables, mises par Cicéron au-dessus de toutes les bibliothèques des philosophes, aient présenté de pareilles lacunes et une assimilation si absurde de blessures d'une gravité si différente?

Cette absurdité a été parfaitement saisie récemment par un savant allemand (1). Partant de l'idée — d'ailleurs fausse, mais admise par la majorité des auteurs — que par *membrum ruptum* il faut entendre une mutilation, il voit dans la loi, telle que la rapporte Gaius (III, 283) deux énormes lacunes : l'absence stupéfiante de deux dispositions des plus importantes. L'une d'elles, l'absence de composition légalement fixée pour l'homicide, ne rentre pas dans le cadre de notre sujet (2).

Sur l'autre lacune étonnante, M. Binding s'exprime en ces termes :

« Il est très choquant que la plus fréquente lésion du corps chez un peuple belliqueux, les blessures par des armes affilées, manque dans les XII Tables. *Cette composition s'est évidemment perdue* ».

---

(1) Karl Binding, *Rechtvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum, os fractum und injuria der Lex XII Tabularum*, dans la *Zeitschrift des Savigny-stiftung fuer Rechtgeschichte*, R. A., t. 42, 1919, pp. 106-112.

(2) Bruns, *Fontes*, 6e éd., p. 33, sur Tab. VIII, 24 b, dit : « Quaenam fuerit homicidii poena veteres nobis non tradiderunt ». Pour une bonne raison : Il n'y a pas ici de composition possible dans les idées des peuples méditerranéens, qui ont la religion des morts. Qu'importe aux mânes que leurs parents touchent de l'argent? Ce qu'ils leur faut, c'est la vengeance, cette forme primitive de la justice. Comme celles de Virginie (Tite-Live III, 58, 11) elles n'auront de repos que quand tous les coupables auront été punis « *nullo sonte relicto tandem quieverunt* ». Le sang se paie avec du sang et non de l'argent : « non vendere a denaro contante il proprio sangue » comme disent les Corses, ces témoins de mœurs jadis très générales parmi ces peuples. Toute autre est la mentalité germanique, qui fixe un Wergeld pour le meutre. M. Binding, p. 110, le reconnait : «Le Wergeld comme composition *légale* du meurtre peut être resté étranger au droit romain ». Ce n'est pas assez dire et cela est vrai même d'une composition conventionnelle, tandis que les XII Tables la prévoient pour le *membrum ruptum*, parce qu'ici la victime elle-même, étant vivante, profite de la composition. Voyez *Rec. hist. de droit*, 1924, p. 266-267.

Quant aux 25 as ils ne s'appliquent, dit-il, qu'aux violences plus injurieuses que matériellement lésives, comme le soufflet. Ici M. BINDING a raison. — Pour celles qui lèsent le corps, l'auteur ne peut admettre qu'une disposition relative aux blessures faites par des armes blanches (d'estoc ou de taille) n'ait pas existé dans les XII Tables. Mais une seule disposition n'eût pas suffi, car ces blessures peuvent présenter tous les degrés de gravité ; il aurait fallu autant d'articles distincts que dans la loi salique, qui consacre plusieurs chapitres à la fixation d'une composition spéciale pour chaque blessure. On ne pouvait songer à une composition uniforme pour toutes, à cause de leur variété presque infinie et de leurs degrés si nombreux de gravité.

En outre, l'explication de M. BINDING nous oblige à croire :

1° Que GAIUS, qui a écrit sur les XII Tables un Traité en VI livres (une fois et demi plus long que ses Commentaires) ne possédait pas le texte complet du Code décemviral : le cas de blessures autres que la fracture d'un os ou l'amputation d'un membre n'y était pas prévu, et cette lacune, nous venons de le voir, devait être formidable.

2° Il faudrait croire aussi que de cette lacune, en tous cas d'une importance capitale, GAIUS ne s'est pas aperçu ! Il nous affirme qu'en dehors de l'*os fractum* et du *membrum ruptum*, *toutes* (1) les autres injures donnaient lieu à la composition uniforme de 25 as. Or cela, dit avec raison M. BINDING, est impossible.

Sans doute ! Mais tout aussi impossible est l'hypothèse de la perte d'une disposition (ou plutôt de dispositions multiples) aussi importante, et plus absurde encore l'hypothèse que GAIUS ne se fût pas aperçu d'une lacune qui crève les yeux. N'oublions pas que CICÉRON avait, à l'école, appris par cœur la loi des XII Tables, et que, cent cinquante ans environ avant GAIUS,

(1) Propter *ceteras* vero injurias, pœna XXV assium erat constituta (III, 223).

Labéon en avait fait un commentaire en plusieurs livres. Cette énorme lacune leur aurait aussi échappé !

Il faut donc nécessairement que le cas des blessures, plus ou moins graves et d'une infinie variété, dont nous venons de parler, soit rentré dans l'un des cas expressément prévus par la loi. Or, comme ce ne peut être dans l'*os fractum*, c'est donc dans celui du *membrum ruptum* qu'elles rentraient : il est facile de le montrer.

En effet les textes, comme on le verra tout à l'heure, nous répètent à l'envi depuis 217 avant notre ère jusqu'à Justinien (533 ap. J.-C.), pendant 750 ans, que *rupere*, ou *rapere*, signifie *laedere*. Alors tout se comprend aisément et le système se présente sans fissure. Pour l'os fracturé, lésion très aisée à constater et toujours très grave, il est facile de fixer un chiffre. Cela est également aisé pour les violences qui ne laissent pas de trace matérielle, comme un soufflet. Mais pour l'infinie variété des autres lésions, comment assurer à la victime une réparation adéquate au dommage ? La loi, *laissant ici subsister la vieille coutume de la vengeance privée*, donne au coupable le choix entre subir le talion ou s'accorder avec la victime sur le chiffre de la composition. C'est ce que l'on peut appeler une solution élégante et digne du génie juridique des Romains : l'admiration de Cicéron s'explique (1).

(1) Notre si regretté collègue, Huvelin, nous écrivait le 25 février 1905 : « Quant à cette interprétation, laquelle, considérée au point de vue pratique ne laisse « aucune fissure », je crains fort qu'elle ne prête aux XII Tables un souci de systématisation qu'aucune *loi* primitive n'a jamais eu (et à fortiori un recueil d'adages coutumiers !) ».

Il y a là un malentendu, analogue à ceux que nous essayions de dissiper jadis (*N. R. H.* 1907, pp. 692-702). Il ne s'agit pas de systématisation — chose théorique — mais de pratique. La pratique, même constatée par des adages coutumiers, n'a pu sanctionner des lésions infiniment plus fréquentes que la fracture ou l'amputation, et pourtant souvent graves, par la peine, en ce cas dérisoire et uniforme, de 25 As. Cette tendance à fermer les yeux sur la manière dont peuvent jouer en pratique les institutions, tendance dont notre enseignement en général est peut être en partie responsable, a, croyons-nous, beaucoup nui à la sûreté des doctrines de notre éminent et très regretté collègue. Voyez notamment *N. R. H.*, 1916, pp. 10-14.

On a fait une objection (Huvelin, op. cit. p. 380 ; Girard, op. cit. p. 409) : « Le délit consistant à endommager un membre serait moins grave que le délit consistant à briser un os : on ne comprendrait pas pourquoi le premier serait encore puni du talion, tandis que le second n'entraînerait qu'une composition pécuniaire. La peine du talion, si dure, si brutale, est à coup sûr plus lourde qu'une composition pécuniaire ».

Dans le même sens, Ed. Cuq, *Manuel* p. 569, note 3 *in fine* : « Les Décemvirs n'ont pu considérer comme un simple dommage un fait qu'ils punissaient du talion » et il cite Huvelin à l'appui. — Mais les Décemvirs n'étaient pas des législateurs statuant *ad libitum*. Ici, comme presque toujours, ils reproduisent la coutume. On sait que partout la justice a commencé par la vengeance privée, limitée ensuite au talion : puis on est arrivé aux compositions tarifées. C'était aisé pour l'os brisé, lésion toujours grave et facile à constater ; de même pour les injures sans lésion. Mais la coutume romaine, trop intelligente pour entrer dans la voie puérile des interminables distinctions barbares, a dû nécessairement laisser *sous l'empire du droit ancien*, c'est à dire *du talion*, les innombrables lésions intermédiaires entre l'os brisé et l'injure sans lésion, comme nous l'avons vu.

Et puis le talion est-il toujours plus dur qu'une peine pécuniaire ?

Le vieux Romain était un paysan très pauvre (*in illa magna paupertate*, dit Gaius III, 223). Souvent il aurait préféré subir le talion (recevoir une volée de coups de bâton, par exemple) que de sacrifier un seul de ses bœufs, c'est à dire, suivant le calcul généralement admis, l'équivalent de 100 as, le tiers de la composition pour os brisé (1). Et remarquez que la victime doit prendre garde à ne briser aucun os : il n'en serait pas le bon marchand. Le dur paysan du Latium n'a pas tellement peur

(1) Il n'est pas nécessaire de connaître « Les Bœufs », de Pierre Dupont, pour savoir combien le paysan tient à son bétail !

des coups ; le talion sera donc souvent préférable aux exigences pécuniaires de la victime. Sans compter que la menace du talion n'a d'autre but que de pousser le coupable à consentir une juste indemnité. Le fameux jurisconsulte AFRICAIN, conversant avec Aulu-Gelle (XX, 1) dans l'antichambre de l'Empereur, lui dit : « *Nam si reus, qui depecisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite judex hominem pecuniae damnabat.* »

On comprend d'autant moins cette idée de traduire *membrum ruptum* par amputation que les textes sont unanimes à donner au mot *rupere* (ou *rapere*, peu importe, comme on va le voir) le sens de *laedere* : il s'agit donc bien d'*endommager* un membre (c'est à dire une partie quelconque du corps; HUVELIN en convient op. cit., p. 381 et s.).

Voici les textes :

1° C'est d'abord le passage bien connu de FESTUS (BRUNS, *Fontes*, 3e éd., p. 34) *Rupitias (in) XII significat damnum dederit* que l'abréviateur de FESTUS, PAUL DIACRE a reproduit en ces termes : *Rupitia damnum dederit significat.* On le corrige généralement en : *Rupsit in XII* ..., correction d'ailleurs vraisemblable (1). Mais peu importe, car, que l'on l'adopte ou non, il n'en est pas moins certain que, pour VERRIUS FLACCUS :

A) Le mot que représente plus ou moins exactement la graphie probablement incorrecte *rupitias* ou *rupitia* était un verbe au subjonctif (conditionnel) puisque FLACCUS le traduit par *damnum dederit*.

---

(1) [illegible]

B) Secondement il est certain que ce verbe signifiait *causer un dommage*.

C) Enfin ce verbe a un rapport évident avec le classique *rumpere*, qui, nous allons le voir, signifie certainement endommager, détériorer.

On a objecté qu'il n'est pas certain que ce soit à propos du *membrum ruptum* que les XII Tables ont employé ce verbe. Sans discuter ce point, on peut remarquer qu'en tous cas il est démontré que les XII Tables se servaient de ce verbe pour désigner le fait d'endommager.

2° Pour contester le sens d'endommager, détériorer, au mot *ruptum* (Gaius II, 283) ou *rupit* (Gell. XX, 1, 14), on a fait remarquer (Huvelin, *op. cit.* p. 377) que dans la version la plus ancienne du texte de Festus (édition Thewrewk de Ponor, p. 550) le manuscrit porte : « Si membrum *rapit*... » et non pas *rupit*.

Mais cette objection se retourne contre ceux qui l'emploient, attendu que dans un texte de Servius, ou d'un autre grammairien latin (1), annotateur de Virgile, texte qui par conséquent a une autorité analogue et que nous n'avons vu citer

(1) On sait que le commentaire de Servius Honoratus sur Virgile a été singulièrement maltraité par les abréviateurs et les interpolateurs (Bruns, *Fontes*, 6e éd., p. 17). La scolie en question est donnée par l'ensemble des manuscrits de Pierre Daniel, le fameux érudit qui édita, au XVIe siècle, Servius Honoratus. Pour mieux discerner la valeur de cette scolie, j'ai fait appel aux lumières de mon éminent collègue M. Ph. Fabia, correspondant de l'Institut, professeur de Philologie classique à l'Université de Lyon, qui a bien voulu m'écrire :

« Cette scolie fait partie des Pseudo Serviana, des anonymes, voyez l'édition de Thilo et Hagen, p. XCV. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'ait aucune valeur ; voyez tout ce que Thilo dit des scolies de Daniel, I, p. XXVIII et s. Vous pouvez donc, à mon humble avis, étant donnés ces faits et la nature même, la substance de la scolie, affirmer qu'elle vient, sinon de Servius lui-même, du moins, *selon toute probabilité*, d'un scoliaste ancien et que par conséquent, elle a de l'autorité. »

En effet, quel autre qu'un ancien aurait pu révéler un sens de *rupere*, aussi conforme à la tradition juridique, parler des *Veteres* et du *crimen rupitiae* ?

nulle part, on lit comme commentaire de *Aeneid.* X, 14, édition de G. THILO et H. HAGEN :

« *Res rapuisset*... Veteres **laedere** « *res rapere* » dicebant, etiam si nullum rapinae crimen existeret. » — Donc, suivant le scoliaste, les anciens Romains donnaient au verbe *rapere* le sens de *laedere*, léser, détériorer.

3° Cette signification antique du mot *rumpere* ou *rapere* est confirmée par un document officiel, une loi de 537 de Rome dont TITE-LIVE XXII, 10, nous apporte *le texte même* (rogatus *in haec verba* populus). Cette loi, après le désastre de Trasimène, promettait aux Dieux un printemps sacré et stipulait qu'il n'y aurait point d'infraction au vœu si quelqu'un *blessait* ou tuait involontairement l'un des animaux consacrés : « Si quis *rumpet* occidetve ». Évidemment ce mot *rumpet* ne désigne pas seulement l'amputation (!) d'un membre à un de ces animaux consacrés, mais toute blessure qui pourrait leur être infligée. Autrement la loi aurait manqué absolument son but, en autorisant les Dieux à considérer comme une infraction au vœu, les blessures infligées au troupeau consacré qui n'auraient pas constitué de mutilations ! Ici le sens très général du mot *rumpei* est d'une aveuglante clarté.

4° La loi AQUILIA emploie le mot *ruperit* dans la phrase : « Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, *ruperit* injuria ». On ne sait pas la date de ce plébiscite, connu de BRUTUS (D. IX, 2, fr. 27 § 22) et qui doit se placer entre l'époque des XII Tables et le début du VII^e^ siècle de Rome, temps où florissait BRUTUS, plus près de cette dernière époque que de la première (1). Or les *Veteres* (on sait que les jurisconsultes de l'Empire donnent ce nom aux Prudents du VI^e^ et du VII^e^ siècle de Rome)(2), par le mot *ruperit* de la loi Aquilia, entendaient manifestement *détériorer* :

---

(1) GIRARD, *Manuel*, 6^e^ édition, p. 121, note 2. Peut-être en 467. ED. CUQ, *Institutions*, I, p. 586.

(2) GIRARD, *Op. cit.*, p. 46, note 1. ED. CUQ, *Instit.*, 2^e^ éd., p. 165, considère comme *Veteres* les jurisconsultes antérieurs à Quintus Mucius Scae-

En effet Ulpien (fr. 27. § 13. D. IX. 2) les cite en ces termes : « Inquit lex *ruperit*; *rupisse* verbum fere omne. Veteres sic intellexerunt : *corruperit.* »

Cela ne veut pas dire du tout que la majorité (non l'unanimité) des *Veteres* considérait le mot *rupere* comme synonyme de détériorer, mais, ce qui est bien différent et ce que démontre le contexte, que la majorité des *Veteres* exigeait pour appliquer la loi, qu'il y eût *détérioration* d'un objet; il ne suffisait pas qu'il y eût *dommage* sans détérioration. Par exemple, si l'on a semé de l'avoine ou de l'ivraie dans le champ de blé d'autrui, il n'y a pas lieu à l'action de la loi Aquilia; mais à l'interdit *quod vi aut clam* ou à une action *in factum*, car (dit Celsus) il y a deux sortes de dommages : l'un qui consiste à corrompre les choses en les changeant, cas dans lequel il y a lieu à l'application de la loi Aquilia, l'autre qui consiste, *sans aucunement altérer l'objet*, à y ajouter quelque chose dont la séparation est malaisée.

Ce texte (fr. 27 § 14 *eodem*) fait suite à celui que nous venons de citer et commence par ces mots : « Et *ideo* Celsus quaerit... » Il se présente donc comme une conséquence de la phrase : « *Rupisse* verbum plerique Veteres sic intellexerunt : *corruperit.* » Le contexte détermine donc nettement le sens de la phrase : « plerique Veteres sic intellexerunt : *corruperit* ». Tous étaient d'accord sur le fait que la loi parlait de *détérioration*, si bien que la *majorité* refusait d'appliquer la loi s'il y avait dommage sans détérioration, changement en pire, *de l'objet même*.

Notre éminent et si regretté collègue, Huvelin, ne l'a malheureusement pas compris. Même en le comprenant à sa manière, restait toujours le fait que, d'après Ulpien, la plupart des *Veteres* avaient considéré *rupere* comme synonyme de

---

vola, consul en 659. Paul Krueger, *Sources* etc., trad. Brissaud, p. 170, note 2, semble entendre par cette appellation, les jurisconsultes antérieurs à Labéon. Ulpien oppose les *Veteres* à Sabinus, en disant que celui-ci a suivi leur opinion. Voyez la note suivante.

corrumpere. Voici comment il a cherché à écarter ce témoignage décisif. Il n'a pas craint de s'inscrire en faux contre l'affirmation d'Ulpien et s'exprime en ces termes (*op. cit.*, p. 379, note 6) :

« L'interprétation de *rumpere* dans le sens de *corrumpere* paraît assez récente. Au dire d'Ulpien (Dig. IX, 2, fr. 27, 13-16) elle vient des *Veteres*. Mais de ces *Veteres*, il ne cite que Celsus, qui paraît bien l'avoir proposée le premier et en avoir fait quelques applications isolées. »

Compter parmi les Veteres, Celsus, consul en 129 après Jésus-Christ, à la fin du IX^e^ siècle de Rome, tandis que les vrais *Veteres* sont de plus de trois siècles antérieurs, cela trouble les idées reçues.

Ulpien, l'auteur du fragment qui cite Celsus, dans un autre passage (Dig. XII, 5, fr. 6), nous dit : « Perpetuo Sabinus probavit *veterum* opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici ; in qua sententia etiam Celsus est ». Ainsi l'ordre chronologique est bien établi : Les *Veteres* d'abord, approuvés ensuite par le traditionaliste Sabinus, enfin même par le Proculien Celsus. Ulpien oppose donc Celsus aux *Veteres*.

Poursuivons l'étude du sens de *rumpere*, en suivant l'ordre chronologique.

A la fin du VI^e^ siècle de Rome, Térence (cité par Nonius Marcellus (édition Lindsay, t. II, p. 610) écrit « ut me ambulando *rumperet* ».

Lucilius, vers la même époque, a employé ce mot deux fois. C'est encore Nonius Marcellus qui le cite : « Lucilius libro XXVII « contenturum cum me *ruperint*, summa omnia *fecerim* » et XXX « quae quondam populo risu res pectora *rumpit* ».

Afranius, au milieu du VII^e^ siècle : « ego misera risu clandestino rumpier » (Nonius Marcellus, *loco cit.*).

Servius Sulpicius à la fin du VII^e^ siècle dans un *responsum* cité par son élève Alfenus Varus (fr. 30, § 2, D. *locati*,

19.2) raconte aussi le cas du locataire de mules, *qui eas rupisset*, en les chargeant d'un poids supérieur à la convention. Il s'agit évidemment de les avoir fourbues, et non pas mutilées.

Quant à l'interprétation par les classiques du mot *rupere* dans la loi Aquilia, elle est d'une précision qui ne laisse rien à désirer. Gaius III, 217, dit que le mot *ruptum* aurait pu suffire, car il renferme en lui toutes les détériorations que l'on peut faire subir aux choses; Celsus et Ulpien sont du même avis (fr. 27, § 16, D. IX, 2). Notamment le fait de blesser quelqu'un, de le frapper avec des verges ou des lanières ou avec une arme, de lui couper une partie du corps ou de lui faire une *tumor* (bosse, meurtrissure), rentre dans l'expression *rupere*.

Ulpien (fr. 30, § 3, D. *de injuriis*, 47,10) nous parle d'un esclave que le Préteur a fait *rumpere flagris*, c'est à dire qu'il lui a fait infliger une sérieuse fustigation. De même, au frag. 27, § 33, D. IX, 2, Ulpien suppose qu'une pierre tombée d'un chariot ait endommagé ou brisé un objet : *quid ruperit aut fregerit*.

Se promener ou rire jusqu'à en être fatigué, rendre fourbues des mules, donner le fouet à un esclave, cela n'a aucun rapport avec une amputation, sens exclusif que l'on voudrait donner au mot *rumpere*, et pourtant tout cela rentre dans la signification très large de ce mot.

On aurait évité cette grave erreur si l'on avait considéré l'impossibilité pratique de cette interprétation de *membrum ruptum* dans les XII Tables (1).

---

(1) C'est à ce propos et dans le but de signaler ce danger à notre savant collègue que nous avions écrit (*Zeitschrift der Savignystiftung*, 1905, p. 45, note) : « Levons les yeux de dessus nos livres, regardons ce qui se passe dans la rue et nous n'imaginerons pas que la vieille coutume, consignée dans les XII Tables, ait pu consacrer une disposition spéciale au cas rarissime d'arrachement d'une partie du corps (Huschke du moins disait d'amputation) et ne pas prendre la peine de distinguer entre un coup de poing et un coup de couteau, en sorte qu'il n'en coûtera pas plus pour déchirer un citoyen à coups de verge que pour lui donner un soufflet ; on s'en tirera avec 25 As ». J'avais déjà exprimé cette protestation en 1903 (*Le testament romain et l'authenticité des XII Tables*), p. 23, note 3, et en 1904 dans une communication au Congrès des science historiques, de Rome de 1903 (*Atti del congresso*, 1904, t. IX, p. 31).

Ainsi, depuis les XII Tables, jusqu'à JUSTINIEN (*Inst.* IV, 3, 13) qui reproduit GAIUS, le témoignage unanime des anciens confirme la signification de *ruptum* = endommagé.

Mais le simple sens commun, le sens pratique, dont il ne faut jamais faire abstraction, et en histoire du droit moins encore qu'ailleurs, aurait dû suffire pour démontrer aux romanistes l'impossibilité de restreindre à l'*amputation* d'un membre cette disposition du Code décemviral.

L'origine de cette fausse traduction de *membrum ruptum* vient évidemment de la tendance naturelle, mais fâcheuse, qui pousse à rendre un mot d'une langue étrangère par celui qui lui ressemble en français. *Membrum ruptum* = membre rompu ; *testamentum ruptum* = testament rompu, alors que la traduction exacte est : *invalidé*, mot qui convient aux deux cas. De cette fâcheuse tendance on pourrait donner de nombreux exemples. Il suffira ici d'en rappeler deux ou trois. Laissant de côté le trop connu *jus abutendi* (1) et plusieurs

(1) Tout le monde sait, ou devrait savoir, que les Romains n'ont jamais parlé d'un *jus abutendi*. Même sous la plume des commentateurs postérieurs, qui ont formulé la fameuse définition de la propriété : « *Jus utendi fruendi et abutendi*, en ajoutant d'ailleurs avec raison : « *quatenus juris ratio patitur* », « le mot *abuti*, comme le disait, il y a bien longtemps MOURLON (*Répétitions écrites sur le Code Napoléon I*, p. 687, note 1), n'a pas dans la langue romaine le sens qu'a dans la nôtre le mot abuser. « *Abuser*, c'est selon la langue française, faire de sa chose un usage déraisonnable, immodéré et condamnable. A Rome *abuti* était pris par opposition à *uti*.... *abuti* est donc faire de sa chose un usage qui la consomme ou la dénature, ou qui tout au moins la fait passer de notre domaine dans le domaine d'un autre ».

Par exemple, on trouve en droit romain de nombreuses applications de l'idée, pas du tout moderne, qu'il n'est pas permis de faire de sa propriété un usage malicieux (fr. 24, § 12, fr. 26, D. 39, 2 ; fr. 3, § 9 D. 39, 3 ; fr. 44 D. 47, 10). Enfin on a montré ailleurs (*Rev. int. de l'Enseignement*, 15 mai et 15 juin 1924, p. 157 et s.), qu'il n'y a rien de moins moderne que la théorie dite « de l'abus des droits ». Nous ne comprenons donc pas bien ce qu'a voulu dire M. H. LEVY-BRUHL (qui cite à l'appui M. DUGUIT), quand il a écrit, *op. cit.*, p. 93 : « L'on aura bientôt de la peine à retrouver dans notre propriété moderne le droit d'*abusus*, si caractéristique de l'antique droit des Quirites ». Les XII Tables réprimaient déjà l'abus de la puissance paternelle. Même en cette matière l'*abusus*, dans le sens français d'*abuser*, n'était pas permis.

autres tirés du latin, il y en a quantité venus de l'anglais : *farmer* (cultivateur) traduit malencontreusement par fermier ; *to control* (maîtriser, dominer) obstinément rendu par contrôler ; enfin la ridicule, mais officielle si l'on peut dire, traduction de *house of commons* (chambre populaire, des gens *du commun*) dont nous faisons, Chambre des communes !

Les allemands reconnaissent parfois que « Celui-là seul est apte aux recherches d'histoire du droit, qui s'est familiarisé avec un droit moderne et *avec ses applications pratiques* » (Voyez les auteurs cités dans la *Zeitschrift der Savignystiftung* R. A. 1905, pp. 46, note 1 et 46, note 2). Ils ont raison.

Pour comprendre l'histoire du droit, il faut avoir une *mentalité pratique* (1) et c'est ce qui manque souvent aux romanistes actuels, en France et ailleurs.

L'absence de cette mentalité, non seulement les rend insensibles aux objections tirées des impossibilités pratiques, mais encore se révèle à nouveau dans les réponses faites à ces objections, comme nous l'avons vu.

On pourrait multiplier les exemples de cette mentalité. Nous allons en emprunter quelques-uns au romaniste éminent et regretté, à qui personne de sa génération n'aurait, croyons-nous, disputé le premier rang sous le rapport de l'érudition et du talent. Tout en faisant, chez ce grand artiste, la part de l'imagination, on peut le considérer comme assez représentatif de certaines tendances trop répandues dans notre enseignement.

D'après Huvelin (*Furtum*, p. 406 et s.), Labéon aurait enseigné qu'un impubère, capable d'être auteur principal d'un

(1) Naturellement en tenant compte des mœurs de l'époque, dont il est nécessaire de se bien pénétrer. Voyez *N. R. H. de droit*, 1907, pp. 694-702, notre réponse aux critiques d'Huvelin, même *Revue*, 1907, pp. 202-203. Ce n'est pas d'aujourd'hui, on le voit, que ce danger nous inquiète et telle est la cause de divergences entre notre très regretté collègue et nous, divergences que nous ne pouvions passer entièrement sous silence dans l'article consacré à son œuvre (même *Revue*, 1924, p. 697).

vol, n'en saurait être complice *ope* ; quant à *consilio* cela irait sans dire (!). — Mais quand une législation frappe le complice, le sens commun le plus élémentaire montre qu'elle ne peut pas ne pas reconnaître la capacité d'être complice, à tout individu capable d'être auteur principal (1).

Autre exemple (*op. cit.* p. 380) à propos du fr. 67 (66) D. *de furtis*, 47,2 : « Eum qui mulionem dolo malo in jus vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt ». Il crève les yeux que le danger auquel sont exposées les mules laissées sans gardien, c'est d'être volées. C'est justement pour les exposer à ce péril qu'un ennemi du muletier l'a appelé *in jus*, ce qui pour les *Veteres* suffisait à le rendre complice. Par conséquent « perissent » a ici le sens évident de « furto perissent ». Il serait inconcevable que l'on donnât l'action de vol contre le *vocator in jus*, alors qu'aucune *contrectatio* n'aurait été commise, ni par lui, ni par personne et que les mules auraient péri par accident (2).

D'ailleurs *perire* n'a pas le sens de *périr*, il ne désigne pas la destruction de l'objet. C'est ce que souligne Nonius Marcellus (éd. Lindsay II, p. 682) : « Perire et interire plurimun differentiae habent, quod perire levior est et habet inventionis spem et non omnium rerum finem » (3). C'est précisément ce qui arrive dans le vol. — C'est du cas où les mules ont été volées que le scoliaste des *Basiliques* (LX, 12,66,2, sc. 10) a

---

(1) Ce texte (fr. 23 D., 47, 2) portait primitivement : « Item verum est quod Labeo ait, (ET et non pas NEC) ope (consiliove) impuberis furto facto teneri eum (Voyez *Nouv. Revue hist. de droit*, 1916, p. 14, n. 2).

Beseler (*Zeits. der Sav.*, T. 43, 1922, p. 553) a si bien senti l'absurdité de la décision imputée à Labéon et à Ulpien, qu'il la corrige par une sorte d'interpolation *de son cru* en ajoutant au texte : sed magis est ut etiam hoc casu teneatur, si doli capax fuerit (!!!).

(2) Gaius, au cas d'un troupeau qui, méchamment effrayé, s'était précipité, donnait l'action utile de la loi Aquilia (fr. 51, D. *de furtis*, 47, 2) et non pas l'action de vol. Or c'est un Sabinien, traditionaliste, docile disciple des *Veteres*.

(3) Marcellus (le jurisconsulte), nous dit aussi (fr. 2 D. *de verb. significatione* L, 16) que « *perire* » comprend « *vi raptum* ».

compris le texte, ainsi que tous les auteurs, sauf DESJARDINS. POTHIER notamment (*Pand. Just.* XLVII. 2. n° 68 n. *b*) sur le mot *perissent*, note : « Subreptae scilicet fuerint ». Cela crève les yeux.

HUVELIN lui-même a si bien vu l'impossibilité de donner l'action de vol si les mules n'ont pas été volées, mais victimes de quelqu'accident, qu'il ajoute : « Mais on peut se demander pourtant si les mules sont bien l'objet du *furtum* ou si ce n'est pas plutôt le muletier (!) ». C'est tomber de Charybde en Scylla.

Ces exemples expliqueront peut-être pourquoi notre enseignement a pu faire croire à des juristes distingués, que le droit romain n'était pas pratique (!).

4. — Si nous n'avions pas déjà traité ce sujet ailleurs (1), nous n'aurions garde d'omettre ici un défaut bien fâcheux de notre enseignement de licence, l'absence habituelle de tout contact avec les textes des jurisconsultes romains. J'entends les textes *traduits* et commentés par le professeur, de manière à les rendre accessibles même à ceux de nos élèves qui n'auraient pas appris le latin, et aussi à ceux, trop nombreux, qui l'ont un peu oublié.

La culture générale que donne le droit romain diffère de celle due à la littérature latine. Celle-ci ne peut se séparer de la langue : HORACE, CICÉRON, TACITE traduits, ne sont plus TACITE, HORACE et CICÉRON ; leur vertu s'est évaporée. Le droit romain garde la sienne, et PAPINIEN traduit en français reste PAPINIEN, il y gagne plutôt en clarté. Les textes des Prudents ne perdent rien à passer par le filtre de la langue française, digne héritière de la précision, de la simplicité et de la virilité de la pensée latine.

Pour ne pas nous répéter, nous laissons donc de côté, bien qu'à regret, ce point, pourtant essentiel.

---

(1) *Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain* ; *Revue internationale de l'Enseignement*, 15 mai et 15 juin 1924, pp. 142-158.

Mais le défaut le plus grave peut-être de notre enseignement, parce que cette carence-là fut voulue, c'est d'avoir trop souvent écarté le côté moral du droit romain, en professant qu'il avait nettement séparé le droit de la morale. C'est là une grave erreur, motivée par un texte mal compris (1), comme nous allons le voir. Pour soutenir cette opinion, devenue classique chez nous, il a fallu s'inscrire en faux contre la fameuse définition du droit par CELSUS, qu'ULPIEN déclare si élégante (2): *Jus est ars boni et aequi* (3), c'est à dire l'art de concilier les règles juridiques, toujours imparfaites, avec les principes de la morale et de l'équité (naturellement tels que les concevait la conscience romaine du temps). Il a fallu s'insurger aussi contre l'énumération des préceptes du droit par ULPIEN (4) :

« Juris praecepta sunt haec : *honeste vivere* (vivre *honorablement* et non pas : *honnêtement*, comme on le dit parfois par suite de la fâcheuse tendance critiquée plus haut). *alterum non laedere, suum cuique tribuere* ».

En vain ULPIEN, après avoir rapporté la belle définition de CELSUS, insiste-t-il en disant :

Cujus merito quis nos sacerdotes appellet ; justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes...

« On nous appelera avec raison les prêtres de cet art, car nous cultivons la justice, nous enseignons la connaissance de la morale et de l'équité, distiguant l'*équitable* de l'*inique*, le licite de l'illicite, pratiquant ainsi une philosophie véritable et non pas simulée...» (5).

---

(1) Le fr. 144 D., *De reg. juris.*, 50, 17. Voyez ci-après.

(2) Fr. 1, pr. D. *De just. et jure*, I, 1.

(3) Fr. 1 § 1 D. *eodem.*

(4) Fr. 10 § 1 D. *eodem.*

(5) Fr. 1 § 1 D. *eodem.* Les mots qui suivent : « Bonos, non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes » sont évidemment interpolés : ce langage ne convient qu'à un empereur.

Et POTHIER n'avait fait que résumer une doctrine alors incontestée lorsque, commentant les mots : *honeste vivere* (*Pand. Just.* L, 17, § 8) il écrivait : « Ce précepte interdit, non seulement ce qui est défendu par des lois expresses, mais encore tout ce qui est contraire aux bonnes mœurs, tout ce qui offense la morale ou la pudeur ».

Notre enseignement avait oublié tout cela, ou plutôt n'avait pas voulu le savoir. ACCARIAS (*Précis*, I, 4e éd. p. 3) infligeait à ULPIEN comme à CELSUS un blâme bien injuste, quand il disait :

« Les jurisconsultes ne surent pas toujours se garder de quelque confusion entre le droit et la morale. C'est ainsi que CELSUS définit le droit : *ars boni et aequi*, c'est à dire le bien et l'équité formulés en règles pratiques, comme si le législateur avait pour mission de procurer l'application complète de la morale ».

ACCARIAS méconnaissait aussi la vérité historique quand il ajoutait :

« Cette conception fausse qui assignerait au droit des limites aussi étendues que celles de la morale, resta longtemps enfermée dans le domaine de la spéculation (!!); elle n'exerça jamais d'influence sensible sur la législation romaine, jusqu'à ce que le Christianisme, assis sur le trône, devint le principe inspirateur des lois ».

C'est oublier d'abord que le droit romain a été formé, pour la partie de beaucoup la plus grande, non par des textes législatifs, mais par les travaux des Prudents. Or, les exemples d'application des préceptes d'ULPIEN et de la définition de CELSE, sont innombrables chez les jurisconsultes romains et remontent très haut. Nous allons revenir là-dessus. Mais, même au point de vue législatif, oublie-t-on les lois d'AUGUSTE réprimant le stupre, poussant au mariage et à la procréation des enfants? Elles ont certes un but moral en même temps que social. De même certains édits ou autres décisions impériales.

Enfin une grande partie de l'œuvre du Préteur n'est-elle pas, sans jeu de mots, de la morale en action?

M. ACCARIAS ne faisait sûrement pas du droit romain lorsqu'il ajoutait (*loco cit.*) : « En dehors de notre conscience, il ne saurait y avoir aucune autorité compétente pour nous imposer ce respect de nous-mêmes qui se traduit par la droiture des sentiments et la dignité de la conduite ».

Droiture des sentiments... évidemment. Mais dignité de la conduite! Le Censeur romain avait le *regimen morum*, exercé ensuite par les Empereurs, pour contrôler précisément la dignité de la conduite, le *honeste vivere* d'ULPIEN. Enfin chez nous-mêmes n'avons nous pas la loi qui punit l'ivresse publique, celle qui réprime les mauvais traitements envers les animaux domestiques? Assurément la loi peut et doit souvent réglementer la conduite extérieure des citoyens.

De même M. GIRARD (*Manuel*, 6e éd. p. 2) signalant la confusion presque constante en droit romain des trois domaines (religion, morale, droit) dans les définitions et les principes généraux (CELSUS, ULPIEN) ajoute : « Il n'est guère permis d'ignorer ces formules devenues proverbiales, mais leur principal mérite reste, peut-être, de nous rappeler au prix de quels tâtonnements les Romains eux-mêmes sont parvenus à la notion scientifique d'un droit indépendant de la religion et distinct de la morale. Nous nous contentons de les signaler sans leur attribuer une valeur qu'elles n'ont pas ».

Que chez les Romains le paganisme ait *fini* par perdre toute influence sur le droit, on peut l'accorder. Mais un droit distinct de la morale! Ce sont les modernes qui ont prétendu rendre le droit indépendant de la morale. Mais aujourd'hui, notamment par la théorie de l'abus des droits, on réagit énergiquement contre cette distinction, aussi fâcheuse que peu romaine. Le progrès, chez les Romains, a consisté, non pas du tout à distinguer le droit de la morale, mais au contraire à montrer que le droit ne doit être que la morale en action. La définition hardie de CELSUS marque le point d'arrivée de cette évolution.

M. Ed. Cuq, au contraire, a souvent montré cette ingérence progressive de la morale dans le droit ; il l'attribue principalement à l'action des Censeurs (1). « Le contrôle exercé par les Censeurs sur les actes de la vie sociale eut pour effet de créer insensiblement un ensemble de règles de conduite que l'on devait observer pour éviter un blâme public. Ces règles formaient les usages des honnêtes gens » (2).

Commentant la définition de Celsus, il ajoutait : « *Ius* c'est l'usage des honnêtes gens (3) ; c'est la règle de conduite dans les rapports d'affaires entre les hommes libres (4)... Ces usages des honnêtes gens, dit-il (I, 2e éd. p. 169), ont fini par acquérir force de loi ». Dans cette main-mise de la morale sur le droit, les Romains, remarque-t-il judicieusement (1re éd. p. 742), ont su ne pas dépasser la mesure et c'est en ce sens très admissible, qu'il entend l'idée, à nos yeux inexacte, que les Romains ont distingué le domaine du droit de celui de la morale : « A moins de ne laisser aux citoyens aucune liberté, la loi ne peut régler en tout point leur conduite ».

Mais c'est précisément ce que faisait l'État dans la conception ancienne de son rôle. M. Fustel de Coulanges l'a démontré dans sa *Cité antique*. La liberté, pour les Romains, comme la *franchise* pour les Anglais, c'était la jouissance des droits politiques, l'électorat, ce n'était pas du tout ce que nous entendons par liberté, notamment celle de conscience. Aucun Romain ne pouvait abandonner la religion de l'État pour en embrasser une autre, et Pomponia Graecina, accusée de religion étrangère (*superstitionis externae rea*) n'échappa au châtiment que parce qu'on la remit au jugement de son mari (*iudicio mariti permissa*) (5).

---

(1) Voyez *Institutions juridiques des Romains*, I, 1re éd., pp. 118-166, 664, 666, 667.

(2) *Eodem*, p. 667.

(3) Op. cit. II, p. 4.

(4) *Eodem*, p. 5.

(5) Tacite, *Annales* XIII, 32.

D'où vient donc cette idée erronnée (1) que les jurisconsultes romains auraient nettement distingué le droit de la morale ?

Elle vient de la fausse traduction d'un texte célèbre, fr. 144, D. *de reg. juris*, 50,17 :

PAUL, lib. 62 ad. Ed. : *Non omne quod licet honestum est*, que l'on traduit ainsi : tout ce qui est permis n'est pas honorable. Le texte au contraire signifie, comme l'avaient très bien vu POTHIER (2) et ses devanciers : « Bien qu'un fait ne soit interdit par aucun texte, il ne peut être toléré, s'il est contraire à l'*honestas*, car parmi les préceptes du droit (et pas seulement d'un morale sans sanction) figure : *honeste vivere* ».

En matière de mariage ce principe reçoit plusieurs applications et un autre texte du titre *de regulis juris* (50,17), le fr. 197 (= fr. 42, *de ritu nuptiarum*, 23,2) dit : *Semper in conjunctionibus, non solum quid licet considerandum est, sed et quid honestum sit.* On voit précisément ici les mots *licet* et *honestum* opposés l'un à l'autre, et pas du tout dans le but de faire tolérer ce qui n'est pas *honestum*. Comme le dit si bien POTHIER *(Pand. Just.* 50, 17, n° 18, n. *b)* : « Quo praecepto prohibetur quidquid non solum expressis legibus, sed et quidquid bonis moribus adversatur, quidquid pietatem et verecundiam quoquo modo offendit ».

Par exemple, aucun texte n'interdit le mariage à raison de parentés serviles, que la loi ne connaît pas, et cependant un père ne pourrait épouser sa fille, engendrée dans l'esclavage,

---

(1) Elle est professée notamment par GIRARD, *Manuel*, p. 1 : « Ils ont aussi parfaitement aperçu la démarcation qui sépare le droit de la morale, dont les règles, considérées comme n'intéressant pas l'utilité publique, sont obligatoires seulement devant la conscience et peuvent être enfreintes sans répression. PAUL D. (50, 17) *de reg. juris*, 144 : *Non omne quod licet honestum est* ».

(2) *Pand. Just.*, 50, 17, n° 19. Le mot « *licet* » est interprété ainsi : « Scilicet quod nulla speciali lege prohibetur ». Il donne des exemples relatifs au mariage et aux rapports entre créancier et débiteur.

alors même que la paternité serait douteuse (fr. 14 § 2 D., *de ritu nup.* 23,2). De même on ne peut épouser la concubine de son père ou de son fils : *quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur* ; c'est un stupre, dit une constitution d'Alexandre Sévère (Const. 4, C. *de nuptiis*, V, 4). De même une femme ne pourrait être successivement la concubine d'un père et de son fils, ou réciproquement, car, dit Ulpien (fr. 1 § 3 D. *de concub.*, 25,7) *non puto eam recte facere quia prope nefaria est hujus modi conjunctio, et ideo hujus modi facinus prohibendum est.*

Mais c'est à propos d'une autre hypothèse sans doute que Paul a dit : *non omne quod licet honestum est,* dans son livre 62 *ad edictum* où il traite de la *Venditio bonorum.* Lenel (Pal. I, 1079, note 4) l'interprète en ce sens que, s'il est licite *(licet)* à tout créancier de demander la *missio in possessionem* des biens de son débiteur, cela ne serait pourtant pas *honestum* de la part de personnes proches parentes, (par exemple d'un fils émancipé créancier de son père, etc.). — On pourrait aussi, je crois, penser que c'est à propos du failli, que l'un de ses créanciers, imparfaitement désintéressé par le dividende fourni, voudrait actionner *ex ante gesto.* Cela est licite, mais il serait *iniquum actionem dari in eum cui bona ablata essent* (fr. 25, § 7, D. *Quae in fraudem*, 42,8).

Ainsi donc les jurisconsultes romains, ces prêtres de la justice comme ils se nomment, s'appliquent à discerner non seulement le licite de l'illicite, mais encore l'équitable de l'inique. Depuis longtemps les Romains savent que l'équité et le droit strict n'ont rien de commun. Dès la fin du VI[e] siècle, Térence (1) proclamait sur la scène : *Jus summum, summa malitia* ou, comme Cicéron un siècle plus tard : *summa injuria* (2). L'orateur disait de son ami, le fameux juriscon-

(1) *Heautontimoroumenos*, IV, 5, 48.

(2) *De officiis* I, 10, 33.

sulte SERVIUS SULPICIUS (1), qu'on le consultait autant sur la *justice* que sur le *droit* et qu'il rapportait le droit civil à *l'équité* ; cela près de deux siècles avant CELSUS. Dire de ces hommes qu'ils ont parfaitement aperçu la démarcation entre le droit et la morale, dont les règles ne seraient obligatoires que devant la conscience, c'est prendre exactement le contre-pied de la vérité.

Chez nous la vraie tradition romaine reprend faveur. En vain, ESMEIN (2) s'est élevé contre cette tendance, selon lui nouvelle (!) qui confond le droit et la morale : il faut, dit-il, laisser debout les barrières traditionnelles (3) qui les séparent.

M. JOSSERAND a répondu victorieusement (4) :

« Ces barrières n'ont jamais existé que dans l'imagination des jurisconsultes ; toujours elles furent chimériques, et toujours elles demeureront telles. Pour s'en convaincre il suffit de se reporter aux définitions par lesquelles les auteurs des traités de droit civil ont prétendu différencier le droit de la morale ; l'imprécision des formules trahit la gêne des écrivains et le flottement de leur pensée. C'est qu'ils s'efforcent d'opposer des notions qui rentrent en réalité dans le même but et de tracer des frontières prohibitives entre des domaines qui vivent d'échanges incessants et réciproques ; c'est que le droit ne sera jamais autre chose que la morale, dans la mesure où elle devient susceptible d'application et de coercition — la morale en action. Celle-ci est le creuset où s'élabore celui-là, et l'élaboration s'accomplit, non pas seulement par le législateur, mais aussi et surtout sous la pesée des mœurs et par l'intervention journalière des tribunaux. C'est le juge qui est l'adap-

---

(1) *Philippiques*, IX, cité par POTHIER, *Pand. de reg. juris*, 50, 17, nos 12, 19.

(2) SIREY, 1898, I, pp. 17 et 21.

(3) Cette tradition n'existait pas au XVIIIe siècle, témoin POTHIER, *loc. cit.* Mais cela prouve que dans l'enseignement d'ACCARIAS reçu par ESMEIN, le droit romain était représenté comme effectuant une séparation complète entre le droit et la morale.

(4) *De l'abus des droits*, pp. 84 et 85.

tateur, le metteur en œuvre de la loi. Qu'on le veuille ou non, il demeure investi de la tâche redoutable d'appliquer la loi au procès à la lueur de la morale. Jamais il ne se résoudra à réaliser les principes juridiques à la façon d'une machine, distributivement, mais il sera invinciblement porté à s'inspirer de la finalité, du pourquoi des droits, pour en fixer la sphère d'application et pour en réaliser le juste équilibre : il ne pénétrera la moralité du procès qui lui est soumis que s'il connaît d'abord la moralité, la finalité des droits en présence. Le jour où il ne se conformerait pas à cette ligne de conduite, où il accepterait comme principe directeur que les moyens justifient la fin, c'en serait fait du droit lui-même, qui puise toute sa vitalité dans le sentiment collectif, et qui séparé, isolé de la morale, deviendrait tout simplement odieux, sans compter qu'il perdrait toute raison d'être et toute autorité ».

Les applications du principe que la morale fait partie du droit ne peuvent se compter au *Digeste*. Mille fois les jurisconsulte basent leurs décisions sur le *bonum et aequum*, sur l'*aequitas*, sur l'*honestas* même. M. Moritz Voigt a écrit quatre volumes sur ce sujet (1).

L'une des applications les plus larges, les plus intéressantes de ces idées, réside dans le domaine des *condictiones sine causa*, comme la *condictio indebiti*, la *condictio ob turpem vel injustam causam*, et comme est élastique cette notion de l'*injusta causa* ! Les *Veteres* déjà reconnaissaient que l'on peut, par la *condictio*, réclamer ce qui se trouve dans le patrimoine d'autrui, *ex injusta causa*. Sabinus, naturellement suit leur doctrine, que confirme même le grand Proculien Celsus (2).

---

(1) *Die Lehre vom Jus naturale, bonum et aequum der Roemer*, 1858-1875. « Dans les questions ressortissant au *bonum* et à l'*aequum*, dit Celsus (fr. 91 § 3, D., *de Verb. obl.* 45, 1) en s'appuyant sur l'autorité de la science juridique, on commet très souvent des erreurs pernicieuses ».

(2) Fr. 6 D. XII, 5 : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est.*

Nous avons parlé ailleurs (1) — et même tracé le plan d'un cours sur ce sujet — de l'immense développement en droit romain de la théorie dite de l'abus des droits. L'un des textes les plus célèbres de cette théorie, le fr. 38, D., *de reiv.* VI, 1, contient le fameux principe posé par CELSUS : *malitiis non est indulgendum*, que reproduit l'article 138 du Code civil allemand. Le possesseur de bonne foi n'a pas droit au remboursement des dépenses voluptuaires, qui n'augmentent pas la valeur vénale de l'immeuble. Cependant il n'a pas la faculté de gratter les fresques ou les stucs dont il a embelli la maison, puisqu'il ne retirerait de cette opération d'autre profit que de désobliger le propriétaire : *nihil laturus, nisi ut officias.*

Enfin qu'elles sont nombreuses les actions dans lesquelles l'office du juge l'oblige à statuer *ex bono et aequo* (2) !

Bornons-nous donc à citer deux ou trois textes particulièrement intéressants pour montrer que de tout temps, je veux dire depuis plus d'un siècle avant notre ère, et de plus en plus à mesure que progresse la jurisprudence, la morale a été considérée comme faisant partie du droit.

En voici un qui remonte aux *Veteres*, à QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, consul en 659, de Rome (fr. 48 D., *Mandati*, 17,1).

Un emprunteur avait prévenu sa caution qu'il entendait nier que des intérêts eussent été promis et l'avait avertie d'avoir à faire de même. Cette caution, ayant conscience que les intérêts avaient été réellement promis, s'est refusée à suivre cet aver-

---

(1) *Revue internationale de l'Enseignement*, 15 Mai-15 Juin 1924, pp. 156 et suiv.

(2) Actions arbitraires, actions divisoires, actions de bonne foi. L'oubli de cette idée pour les actions divisoires, a fait d'excellents esprits se fourvoyer, en recherchant à partir de quelle époque le juge eut le pouvoir de tenir compte des *praestationes*, c'est à-dire des obligations nées entre copropriétaires par suite de l'indivision. C'est nécessairement de tout temps, puisque le juge romain n'a pas seulement le pouvoir de composer les lots, mais celui *de les attribuer*, et de condamner à des soultes, le tout *ex aequo et bono*. Par conséquent il attribuera un lot plus fort, ou une soulte, au co-partageant qui aura de ses deniers réparé l'immeuble commun, etc.

tissement, et, actionnée par le créancier, a loyalement reconnu *propter suam existimationem* la dette d'intérêts et les a payés. Elle pourra recourir contre le débiteur pour se les faire rembourser. Celsus approuve la décision de Quintus Mucius Scaevola en disant : « la délicatesse de cette caution ne doit pas être pour elle une cause de préjudice : *non oportet esse noxiae fidejussori (fidepromissori?) si pepercisset pudori suae.* — *Propter suam existimationem*, voilà de l'*honestas*.

Voici encore un autre exemple où l'*honestas* est reconnue comme juridiquement sanctionnée : il est donné par Vivianus, vers la fin du premier siècle de notre ère (fr. 21 § 11, *de receptis*, IV, 8) : Deux plaideurs ont conclu un compromis et, comme d'usage, stipulé l'un de l'autre une clause pénale pour le cas où l'un d'eux désobéirait à l'arbitre, notamment en ne se présentant pas au jour et au lieu fixés par l'arbitre, pour s'expliquer devant lui. Or, l'arbitre leur donne rendez-vous dans une *popina*, lieu où l'un des plaideurs, qui est sénateur, ne peut se montrer sans préjudice pour sa dignité, son *honestas*. Le jurisconsulte décide qu'il peut ici désobéir impunément à l'ordre de l'arbitre.

Enfin Papinien nous cite un cas où l'altruisme est reconnu comme suffisant pour servir de base à une action en justice (fr. 7, D. *de servis exportandis*, XVIII, 7) :

Un vendeur a inséré dans l'acte une clause portant que l'esclave vendu ne pourra être exporté (donc dépaysé). S'il y avait eu un contrat *verbis*, une stipulation pénale d'une certaine somme, il faudrait sans aucun doute exécuter ce contrat de droit strict. Le juge alors n'a pas de pouvoir d'appréciation. Mais il s'agit d'une simple clause du contrat consensuel, sans fixation d'une somme ; en cas de contravention, le vendeur peut-il obtenir des dommages intérêts, uniquement basés sur un intérêt d'affection?

Oui, dit Papinien : *cum beneficio adfici hominem interest hominis.*

Si au contraire le vendeur avait mis dans l'acte que l'esclave devrait être exporté, et cela dans un but de châtiment et de vengeance contre cet esclave, à défaut de *stipulation* pénale précisant la somme, il ne peut rien obtenir par l'action de vente, parce que : *poenae non irrogatae indignatio solam duritiam continet.*

Voilà évidemment de la morale, juridiquement sanctionnée, morale exclusivement laïque (1) sans doute, morale tout de même.

On dira : vous voulez donc faire une place même dans nos cours de droit romain de Licence au droit naturel, tel que l'entend M. le Doyen Geny, c'est-à dire aux « principes révélés par la conscience et mis en œuvre par la raison » (2).

Parfaitement! Il y serait bien plus profitable que quantité de détails archéologiques dont l'inutilité actuelle assomme et irrite nos étudiants.

Il s'agit de s'inspirer de l'œuvre célèbre de Domat : *Les lois civiles* (3) *dans leur ordre naturel*, c'est-à-dire le droit naturel

---

(1) Nous sommes loin de méconnaître les perfectionnements ajoutés à cette morale, surtout au point le vue des mœurs, par le Christianisme. Mais au point de vue des relations d'affaires, du droit du patrimoine, son apport s'avère beaucoup plus faible. Le plus important peut-être consiste dans la rescision de la vente pour cause de lésion de plus de moitié, réalisée par Justinien au moyen d'interpolations . (Gradenwitz, *Bull. dell' Istit. di diritto romano*, Anno II, 1889, pp. 14 et s.). Des questions analogues sont chez nous à l'ordre du jour.

(2) *Soixantième anniversaire du rétablissement de la Faculté de Droit de Nancy*, 1864-1924, p. 31.

(3) Nous n'avons jamais compris pourquoi le *Manuel* de M. Girard (6e éd., p. 91) appelle Domat un civiliste, épithète qu'il applique aussi à Pothier. Ce dernier ayant beaucoup écrit sur le droit en vigueur en France, notamment sur le droit coutumier, est à coup sûr un civiliste, dans le sens où nous l'entendons actuellement, c'est-à-dire dans celui d'écrivain du droit national, en même temps qu'un grand romaniste, comme nous l'avons vu. Mais Domat traita du droit romain considéré comme l'expression du droit naturel. Il ne peut être ici question d'imputer à un éminent romaniste l'erreur de M. Liard (*L'Enseignement supérieur en France*, p. 135) attribuant à Talleyrand l'intention de bannir le droit romain de l'enseignement, alors que le projet soumis à la Convention par l'ancien évêque d'Autun, institutait quatre chaires de *Droit civil*, c'est-à-dire de droit romain. (Voyez *N. R. H.*, 1919, n. 681).

tiré du droit romain, comme il l'explique dans la préface du tome premier.

« Tout ce qu'on a dit jusqu'ici fait assez voir quelle est d'une part l'utilité des livres de Droit Romain, *qui sont le dépôt des règles naturelles de l'équité* et quels sont aussi de l'autre les inconvénients du peu d'ordre qu'on voit dans ces livres ».

Le but de DOMAT a été de supprimer cet inconvénient :

« On a été obligé de faire toutes ces réflexions sur l'utilité des livres du droit romain et sur les difficultés de bien apprendre les lois dans ces livres, pour rendre raison des motifs qui ont engagé à l'entreprise de mettre les lois civiles en ordre, dans l'espérance d'en rendre l'étude *plus facile, plus utile et plus agréable* ».

Par ces mots, que nous soulignons, DOMAT n'a-t-il pas montré à nos professeurs le but qu'ils devraient poursuivre ?

CH. APPLETON.

D. 44, 7, 25 § 1
E LA CLASSIFICAZIONE GAIANA DELLE FONTI DI OBBLIGAZIONE

PAR

VINCENZO ARANGIO-RUIZ

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

D. 44, 7, 25 § 1
E LA CLASSIFICAZIONE GAIANA DELLE FONTI DI OBBLIGAZIONE

Ulpianus *libro singulari regularum.*

« Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. in factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est. »

La legittima aspettativa, che ogni passo del *liber singularis* riprenda motivi già segnati nelle Istituzioni gaiane, è appagata dal nostro paragrafo soltanto nelle ultime linee : l'esempio addotto di azione *in factum* è per vero lo stesso che si legge in Gai. IV 46, con la sola differenza della mancata menzione della formula ; nè giova sbizzarrirsi a cercare se a cancellare il ricordo del processo classico siano stati i compilatori di Giustiniano, o se, come a me pare più probabile, la trasformazione sia avvenuta ad opera dell'epitomatore del IV secolo (1).

---

1) Che i cosiddetti *tituli ex corpore Ulpiani* siano un' epitome del IV secolo è l'unico punto sul quale siamo tutti d'accordo (Arangio-Ruiz, *Bull. Ist. dir. rom.*, 30, 178 sgg. ; Albertario, *ibid.*, 32, 73 sgg. ; Buckland, *Law quart. rev.* 40, 1924, 185 sgg.). Non è questo il luogo di prendere in esame le critiche, spesso impressionanti, che i due egregi studiosi appuntarono contro la mia ipotesi della diretta derivazione gaiana del nucleo fondamentale dell' epitome

Tuttavia la triplice distinzione delle azioni, che ha fatto la celebrità del testo, mentre non trova corrispondenza esatta in nessun luógo della giurisprudenza classica o bizantina, appare anche, così come si presenta, totalmente estranea al pensiero gaiano: circostanza questa che non può non apparire eccezionale a chiunque abbia qualche pratica del *liber singularis*, anche se non consenta in quelle conclusioni che io ebbi a formulare qualche anno addietro, e della cui esattezza sono più convinto che mai.

Non credo che a risolvere il dubbio possa valere la critica del Riccobono (1) ; il quale, movendo da quella parziale affinità che è fra il pr. della nostra l. 25 e Gai. IV 1-5 (2), vorrebbe scorgere nel § 1 la riduzione (molto libera) dei §§ 7-9 del manuale gaiano, contaminati col § 45. Per quanto il Riccobono non si preoccupi di distinguere fra l'eventuale elaborazione postclassica e la giustinianea, i salti di pensiero supposti appaiono eccessivi così per gli uni come per gli altri compila-

---

stessa : ciò turberebbe l'economia della presente nota, la quale invece varrà per sè stessa, nei limiti in cui riuscirà persuasiva, a richiamare l'attenzione degli studiosi sulla intimità delle relazioni che passano fra la trattazione gaiana e quella attribuita ad Ulpiano. Piuttosto mi corre l'obbligo di dichiarare che continuo a considerare i *tituli ex corpore Ulpiani* e il *liber singularis regularum* come una cosa sola : nè vedo come se ne sia potuto dubitare di fronte a tre coincidenze testuali, alle quali non ne corrisponde nessuna che riavvicini i *tituli* ad altre opere ulpianee. Quel che in contrario rileva l'Albertario (p. 78) circa il disordine sistematico non fa impressione; perchè, a parte le aggiunte relative ai rapporti patrimoniali fra coniugi e alle leggi matrimoniali, l'ordine delle materie è, negli esempii da lui addotti, quello stesso di Gaio. E, quanto alle ripetizioni, ognuno sa quanto le Istituzioni gaiane ne abbondino : se in *reg.* 23, 6, a proposito di nullità dei testamenti, è richiamata incidentalmente la *bon. poss. sine tabulis*, lo stesso richiamo incidentale è in Gai. II 147 ; che l'istituto si ritrovasse *in sede materiae*, cioè in *reg.* 28, 6, era ben naturale, e probabilmente lo rivedremmo anche in Gaio se non fosse andata perduta la pag. 133 del Veronese.

1) *Dal dir. rom. class. al dir. moderno* (*Annali Semin. Palermo*, 3-4, 1917), p. 481 [643] sg.

2) In che senso la coincidenza sia parziale, e come il passo delle *regulae* corrisponda piuttosto ad l. 4, 6, 1-2, ho già detto altrove (*l. c.*, 190) : in sostanza, sembra convenirne il Buckland (p. 190), per quanto si sforzi di evitare le conseguenze che io ne deducevo.

tori : e invano ci si domanda come mai dagli uni o dagli altri si sia dedicato tanto sforzo a sopprimere quella distinzione fra azioni penali reipersecutorie e miste, che nel diritto giustinianeo ha pure grande rilievo ; e come mai abbiano potuto pensare a sostituirla con quella, di tutt' altra portata, fra le azioni da contratto e da delitto. D'altronde, per grandi che siano le sorprese a cui le indagini interpolazionistiche ci hanno avvezzati, non sembra prudente congetturare che essi abbiano ritagliato e riaggiustato insieme, secondo un criterio completamente nuovo, concetti che nell' opera escerpita erano svolti attraverso più pagine e separati da una parentesi enorme : meglio varrebbe supporre, ove ogni altra ipotesi mancasse, una creazione *ex novo*, alla quale la lettura dei classici avesse offerto il semplice sussidio di qualche reminiscenza.

Ma anzitutto a me pare da escludere in via assoluta che il § 1 sia di fattura giustinianea (1). A parte certi argomenti di carattere generale, che a me sembrano gravi e ad altri potrebbero apparire di minor peso (come la presumibile rarità di grosse interpolazioni giustinianee in opere già passate attraverso il vaglio delle scuole, e soprattutto in opere raramente escerpite nella compilazione), è capitale il fatto che il passo, così com' è, rappresenta nel tema della classificazione delle fonti di obbligazione un pensiero del tutto aborrente da quello che i giustinianei hanno posto a fondamento del titolo *de obligationibus et actionibus* e, attraverso la ricezione nelle

1) Ciò va detto non solo e non tanto contro la prudente critica del R., quanto in confronto della completa demolizione che del nostro testo volle fare il Perozzi, *Obbl. rom.* 42 n. 1 : interpolazioni più o meno larghe ammettono anche De Francisci, Συνάλλ. 2, 169 ; Albertario, *Delictum e crimen* (1924), 47. A parte l'Albertario, che è qui del tutto coerente alla sua tesi sui rapporti fra le *regulae* e i *tituli ex corpore Ulpiani*, gli altri studiosi sembrerebbero averli momentaneamente dimenticati. Lo stesso va detto contro l'Erman (*Ztschr. Sav.-St.* 19, 300), il quale, mentre nega l'interpolazione, ritiene improbabile « dass jene Zusammenstellung von einem späteren Bearbeiter und Modernisirer von Ulpians *l. s. r.*, herrührte » (altrimenti *Ztschr.* 23, 447).

Istituzioni, addirittura a base del sistema del diritto privato (1). Soprattutto quella trasformazione del *delictum* (o *maleficium*) in un *factum*, che ha il solo scopo di stabilire un nesso terminologico fra le azioni (*in ius*) da contratto e da delitto e quelle *in factum*, è tal concettino, da non potersi attribuire se non a quell' epoca di piena decadenza scientifica, onde derivano certe concezioni dottrinali di Ermogeniano, e i meno ortodossi fra gl' insegnamenti delle *Sententiae*, e in ispecie — nella materia nostra — quel curiosissimo intruglio che è la l. 52 *h. t.*, probabilmente estranea così al pensiero dei giustinianei come a quello di Modestino (2). Il che torna a dire che la dizione del nostro testo appartiene interamente all' epitomatore del IV secolo.

---

1) Così, molto esattamente, De Ruggiero, *Le obbligaz.*, III (corso 1924-25), 60. È però alquanto audace l'attribuzione del testo, così com' è, alla giurisprudenza classica.

2) Tutto il testo è significativo, così per la forma come per la sostanza: per la critica v. specialmente Perozzi, *Obbl.* 45 n. 1; Segrè, *Studi Simoncelli*, 343 sgg.; Partsch, *Ztschr. Sav.-St.*, 42, 240 n. 3; Beseler, *ibid.* 45, 222; De Ruggiero, *l. c.*, 53 sgg.; Albertario, *Del. e cr.*, 48. La critica è stata condotta anche qui con riferimento quasi esclusivo all' opera della compilazione: ragioni analoghe a quelle addotte per la l. 25 § 1 rendono preferibile l'idea di una elaborazione (o, forse, di molteplici elaborazioni) ad opera delle scuole postclassiche; le coincidenze osservate dall'Albertario (*Bull.* 32, 82), e prima ancora da me (*Bull.* 30, 218), fra il *lib. sing. regularum* e qualche definizione modestiniana è forse appunto da attribuire alla preferenza che le scuole hanno avuto per queste opere.

In contatto più immediato con la l. 25 § 1 è il § 8: « Ex peccato obligamur, cum in facto quaestionis summa consistit »; non solo perchè ancora una volta sono esclusi i termini tecnici *delictum* e *maleficium*, ma per l'equivalenza che sembra posta fra *peccatum* e *factum*. Salvo che qui il problema si complica stranamente, perchè la definizione data non si conviene menomamente alle azioni da delitto, ma sì alle azioni *in factum*. Non vorrei accumulare ipotesi, ma verrebbe proprio fatto di pensare che, fra l'una e l'altra trasformazione del passo, sia caduto, forse per omoioteleuto, qualche brano, e che prima di questa caduta si avesse anche *apud Modestinum* una distinzione fra azioni *ex peccato* (o *ex facto*) e *in factum*. Ma siamo in un campo che si presenta chiuso anche alle congetture.

Opportunamente il Perozzi (*Obblig.* 42 n. 1) avvicina questi luoghi, in cui il delitto è chiamato *factum*, ai passi in cui l'obbligazione *ex maleficio* si dice contratta *re*: D. 44, 7, 4 *ad vv.* quae omnia (*sc.* oblig.es ex malef.) unius generis sunt [nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio],

Ma, ancora una volta, a quale passo di Gaio si sarà egli ispirato? o — se si vuole — a quale si sarà ispirata la sua più diretta fonte classica? Anche se limitiamo la nostra ricerca alle Istituzioni del manoscritto veronese, non vi è necessità di collegare gli accenni del § 46 con dichiarazioni così lontane e diverse come quelle a cui attinge il Riccobono: basterà ricordare che nel § 45, dove sono definite le formule *in ius conceptae*, Gaio metteva insieme, e forse non a caso, una *intentio* di azione *ex contractu* (*nobis dari oportere*) ed una di azione *ex delicto* (*pro fure damnum decidi oportere*); e si potrà pensare, facendo un certo credito all' indipendenza mentale del compilatore, che questo riavvicinamento, seguito dalla definizione ed esemplificazione delle formule *in factum conceptae*, abbia offerto all' estensore delle *regulae* lo spunto della nuova classificazione. Tanto più che era questo l'unico uso ch' egli potesse fare dei §§ 45 e 46 : Gaio aveva ragionato sulla struttura delle formule, e delle relative *intentiones* particolarmente, allo scopo di distinguere le *formulae in ius conceptae* da quelle *in factum conceptae* : era naturale che uno studioso postclassico cercasse di cogliere attraverso quelle formule la struttura dei rapporti di diritto materiale, per trarne lume circa la *natura actionis* (1).

Ma io non credo che, così ragionando in base al solo manoscritto veronese, si facciano esattamente le parti fra il vecchio e il nuovo scrittore ; anzi credo che ricorra qui una di quelle ipotesi, nelle quali il testo gaiano presente all' epitomatore era alquanto diverso da quello che ci è direttamente pervenuto.

---

cum alioquin ex contractu obligationes [non tantum re consistunt, sed etiam verbis et consensu] ; I. 4. 1 pr. Tendenze anche queste di scuola, malamente innestate sull' innocentissimo Gai. III 182, e che lo spirito della compilazione tende a ricacciare nell'ombra.

1) L'Erman, *l. c.*, ha appunto esaminato la l. 25 § 1 come segno della « Umdeutung der form. i. f. conc. zur a. in factum », ed ha rilevato che in cosiffatta trasposizione non potevano trovar luogo le formule in iusconc. come tali. Nello stesso ordine d'idee si è occupato del nostro passo il Riccobono cfr. anche De Visscher, *Rev. hist. de dr.*, 1925, p. 240 e *passim*.

Infatti il riavvicinamento fra i rapporti giuridici derivanti da delitto e da contratto e i rapporti analoghi (specie da fatti illeciti) che il pretore proteggeva mediante formule *in factum conceptae* era ben presente al pensiero di Gaio in un momento ulteriore della sua vita scientifica, ed è appunto in esso che va cercato il nocciolo genuino di D. 44, 7, 1 pr. (Gai. 2 *r. c.*) :

« Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris (1) ».

* * *

Già da più parti si è avvertito che Gaio non poteva, come dai Digesti risulterebbe, raccogliere insieme, sotto l'unico nome di *obligationes*, rapporti civili e pretorii ; e si è supposto che quelle *variae causarum figurae*, che nei Digesti compaiono come fonti di obbligazioni, fossero state prese in considerazione dal giurista soltanto come presupposti di azioni (2). Se non m'inganno, questa ipotesi, che non aveva finora altra base se non il carattere esclusivamente civilistico dell' *obligatio* classica (onde qualche apparenza di *petitio principii*), può ora appoggiarsi alle illazioni cui ci ha condotti l'analisi del testo delle *regulae* e dei suoi rapporti con Gai. IV 45-46 : nel testo delle *res cotidianae* Gaio avrebbe appunto mosso quel breve passo che nel manoscritto veronese non aveva fatto ancora, avrebbe cioè tentato una classificazione delle azioni *in personam*, fondata in parte sui rapporti di diritto materiale e in parte sulla fonte (civile o pretoria) dell' obbligo. In quest' ordine d' idee, e con tutta quella riserva che dev' essere propria di cosiffatte indagini, proporrei la ricostruzione seguente:

---

1) La connessione fra la l. 1 pr. e la l. 25 § 1 è stata ben vista dal De Ruggiero, p. 60 : « Se l'antitesi, che qui vien fatta tra le *actiones*, si trasporta sul terreno delle obbligazioni, si può avere... una conferma della dottrina... delle *variae causarum figurae*, che cioè si trattasse appunto di obbligazioni (?) che trovavano la loro protezione nella giurisdizione del pretore ».

2) Betti, *Sul significato di contrahere in Gaio* (1912) ; Arangio-Ruiz, *Le genti e la città* (1914), 37 sgg. ; e poi largamente nella letteratura romanistica italiana.

« *Actiones in personam* (1) aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut *praetorio* iure ex variis causarum figuris ».

Una prima e gravissima obbiezione contro una ricostruzione cosiffatta potrebbe sorgere dall' attuale collocazione del frammento : è infatti innegabile che la trattazione che gli fa sèguito era nelle sue parti essenziali, anche originariamente, non *de actionibus* ma *de obligationibus*, e conforme in tutto, salve le aggiunte, a Gai. III 89 sgg. Ma niente è più naturale che il supporre che i compilatori (o altri prima di loro) abbiano saputo prendere il loro bene dove lo trovavano ; e che, tutti intesi a cucinare nello stesso calderone le *obligationes* classiche e i debiti e crediti pretorii, abbiano sostituito alla classificazione delle *obligationes* quella, più ampia, che un altro luogo delle *res cotidianae* applicava alle *actiones*.

Uno spostamento di questo genere non può essere affermato che in via di congettura : tuttavia mi sembra che da un confronto fra i varii testi gaiani, conservati intatti nel manoscritto preziosissimo o variamente adattati nella compilazione, si evincano elementi capaci di corroborarla. E anzitutto a me pare che un indizio sicuro delle difficoltà che i manipolatori delle *res cotidianae* hanno trovate in questo esordio della trattazione sulle *obligationes* sia rimasto nel § 1 dei Digesti. Mettiamolo a confronto con Gai. III 89 :

Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.	Obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.

Ognuno vede quanto sia più corretto il testo delle Istituzioni. A rigore, poichè il significato del verbo *contrahere* è assai più largo di quello del sostantivo *contractus*, tanto che

1) O *actiones* semplicemente? È noto che sono queste, per i romani, le azioni κατ' ἐξοχήν.

non solo alle obbligazioni da contratto ma anche a quelle da delitto il verbo *contrahere* si può correttamente applicare (1), le *obligationes ex contractu* rappresentano solamente una fra le categorie di obbligazioni *quae contrahi possunt*. Tuttavia l'evidente derivazione dell'una dall'altra espressione, e le più elementari regole del buon gusto, sconsigliavano dal porre la questione sui modi in cui « si contraggono le obbligazioni da contratto »: dal significato più ristretto del sostantivo a quello più largo del verbo si doveva saper scivolare più leggermente. Da questo punto di vista, il paragrafo delle Istituzioni è un modello di eleganza : e la cura con la quale è evitato, in tutto il sèguito del terzo libro, ogni uso del verbo che possa apparire in contrasto con quello del sostantivo corrispondente, mostra che quell' eleganza deriva da un severo controllo dello stile (2). Tanto più risalta, nel confronto, la goffaggine di quelle « obligationes ex contractu » che « contrahuntur » nel passo dei Digesti. E, poichè non è presumibile che i compilatori abbiano avuto interesse a mutare la forma in cui la suddistinzione era presentata, è spontanea la congettura che vi siano stati inavvertitamente trascinati dai travisamenti e spostamenti già operati nelle linee che precedevano.

D'altronde, abbiamo il modo di stabilire con certezza matematica che l'uniformità fra le Istituzioni e le *res cotidianae* era nel Gaio genuino quasi perfetta, e comunque assai maggiore di quel che risulterebbe dalla dizione dei Digesti : basta che mettiamo a confronto il testo del manoscritto veronese con quello del manuale giustinianeo.

---

1) Bonfante. *Scr. giur.* 3. 107 sgg.

2) D'altronde, espressioni claudicanti come quella del nostro § 1 non se ne trovano nemmeno presso altri giuristi : cfr. ad esempio, fra i passi che meglio si sarebbero prestati a grossolanità formali, D. 5. 1. 20 (Paul.) ; 46 3 80 pr. (Pomp.). — Un guazzabuglio peggiore di quello in esame si avrebbe in D. 20. 1. 23 § 1 (« pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur »), se non si accettasse la correzione del Mommsen «... inter absentes *consistit, quoniam absens* recte...

Gai, III 88-89 :

Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio rell.

I. 3, 13 :

Nunc transeamus ad obligationes. [. . . . . *Omnium autem obligationum*] summa divisio [. . . . .]in [*quattuor*] species diducitur : aut enim ex contractu *sunt* [*aut quasi ex contractu*] aut ex *maleficio* [*aut quasi ex maleficio*]. Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum [*aeque*] quattuor *species* sunt : aut enim re *contrahuntur* rell.

A parte le larghe aggiunte operate in principio, inserendo la definizione dell' *obligatio* e la nuova *divisio* fra obbligazioni civili e onorarie, l'un testo riproduce l'altro quasi alla lettera : tanto che vien fatto di pensare, a primo aspetto, che i giustinianei abbiano attinto proprio alle Istituzioni. Eppure è ben difficile che sia così : non solo perchè, in via generale, in tutta questa materia delle obbligazioni le *res cotidianae* prevalgono, ma per due preziose coincidenze di dettaglio : la sostituzione di *maleficium* a *delictum* (cfr. D. 44, 7, 1 pr. ; 4 e *passim*), e, a proposito della quadripartizione delle obbligazioni da contratto, quel plurale *contrahuntur*, che già abbiamo letto in D. 44, 7, 1 § 1. Il § 1 delle Istituzioni giustinianee ci presenta, tutta spiegata, la nuova quadripartizione delle fonti; ma le obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto* appaiono puramente e semplicemente inserite in un testo corrispondente assai più a quello delle Istituzioni gaiane che a quello riferitoci nei Digesti. Se tale è lo stato delle fonti, se cioè un rimaneggiamento della l. 1 pr. D. 44, 7 è matematicamente accertato, la fede che ancora da tante parti si professa nelle obbligazioni *ex variis causarum figuris* ha basi assai malferme : ammettendo, sulla traccia del passo delle *regulae*, che Gaio nominasse

quelle *figurae* soltanto come presupposti di azioni, non posso temere se non la traccia di eccessivo conservativismo.

* * *

Per una strada completamente nuova, e alquanto faticosa, mi ritrovo di fronte allo stesso nodo che parecchi anni addietro mi ritenne (1). Se l'allusione alle *variae causarum figurae* s'identifica, passando nelle *regulae*, con la citazione delle azioni *in factum*, e se — in piena coerenza con questo presupposto — i casi in cui le *res cotidianae* hanno parlato di *quasi ex delicto teneri* si riducono ad ipotesi di delitti pretorii, come mai le ipotesi del *quasi ex contractu obligari* (o, almeno, quella unica che troviamo così nominata nei Digesti, l. 5 § 1) ci riportano nel campo civilistico delle vere e proprie *obligationes*? l'armonia del sistema non porterebbe, per avventura, a ravvisare i rapporti analoghi ai contratti nel deposito nel commodato e nel pegno, tanto rassomiglianti ai contratti *re* e tuttavia, come istituti pretorii, estranei alla categoria dei contratti veri e proprii?

Lasciai quel mio sospetto al suo destino: che fu di trovare nell' ALBERTARIO (2) un assertore assai più convinto di me, e in altri scrittori (3) antagonisti più o meno decisi. Ora non mi sento, neppur dopo la rinnovata esperienza, di sostituire al sospetto di allora un' affermazione: anzi dubito della possibilità di affermar checchessia in questa materia, se prima non si sia indagata la struttura delle *res cotidianae*. Esigenza a cui forse non basta la buona volontà dell'uno o dell'altro scrittore, tanta è la selva di dubbii nella quale si rischia di smarrirsi: non solo ignoriamo se le *res cotidianae* siano per-

1) *Le genti e la città*, p. 48.

2) *Ric. di dir. comm.*, 22, 1924, 1, p. 501 sgg.

3) BONFANTE, *Scritti giur.* 2, 499 n. 2; BETTI, *Arch. giur.* 93, 1925, p. 282; DE RUGGIERO, *l. c.*, 36 sgg.

venute ai compilatori in una loro stesura originale o in un raffazzonamento postclassico, ma anche ignoriamo (tante sono le divergenze) se i redattori delle Istituzioni imperiali e quelli dei Digesti abbiano lavorato su manoscritti eguali ; e, se ci orientiamo — com'è nella tendenza più diffusa — verso l'ipotesi di rimaneggiamenti tardivi, i mezzi sembrano mancarci per indagare se questi siano stati operati sulle Istituzioni o su altro scritto gaiano, e se su quella stessa edizione dei commentarii che il ms. veronese ci ha conservata o su altra successiva.

Il terreno sarà forse sgombrato, se si porrà mente alla struttura di quella parte del libro II, dove sono esposte le obbligazioni da contratto.

In tutta questa parte, due frammenti soli appaiono del tutto estranei alle Istituzioni gaiane ; e sono quei due passi in tema di vendita di vino, che leggiamo in D. 18, 6, 2 e 16. Tutto il resto è ricavato dal manuale classico, ma talvolta è spostato, spesso travisato, sempre fortemente epitomato. Così, nella trattazione della *verborum obligatio* (D. 44, 7, 1 §§ 7-15), il § 7 riassume Gai. III 92, il § 9 G. 97, il § 10 G. 99, il § 11 G. 98, il § 12 G. 106, il § 13 G. 109, i §§ 14-15 G. 105 : i §§ 115 sgg. di Gaio, relativi alle obbligazioni di garanzia, sono ricacciati indietro fino al § 8 e ridotti ad un breve periodo. Proseguendo nell' ordine della *Palingenesia*, D. 19, 2, 2 corrisponde a G. 142 ; D. 17, 1, 2 è una riduzione alquanto libera di G. 155-56 ; D. 17, 1, 4 completa G. 161. D. 17, 2, 72 è un elaborato postclassico (De Medio, Mitteis, etc.).

Ho lasciato per ultime le *obl. re* (D. 44, 7, 1 §§ 2-6), ma anche qui il § 2 = G. 90; e il § 3 s'inizia come il § 91 di Gaio, « is quoque ..... », salvo che a colui « qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit » si sostituisce colui « cui rem aliquam commodamus » : ma la chiusa è di nuovo eguale, « re (nobis) obligatur ». Così infilata la strada, si continua a discorrere del commodatario, poi del depositario e del creditore pignoratizio. Ma perfino i §§ 4-6 hanno come punto di partenza una trattazione delle Istituzioni gaiane : quella dei §§ 204-207, che

occasionalmente accennavano alla responsabilità per dolo e per custodia : il profondo rivolgimento che la materia ha subìto porta a mutamenti radicali nel testo (1), ma tanto più è singolare che in ultima analisi questo si richiami pur sempre ai commentarii.

Le due operazioni fondamentali compiute sulla prosa gaiana, libera elaborazione e riassunto, non furono contemporanee : tant' è che le Istituzioni giustinianee conservano numerosi brani già elaborati ma non ancora epitomati. Purtroppo il confronto non è possibile pei titoli sulle obbligazioni verbali (III 15-20), dove, a parte la definizione (= D. 44, 7, 1 § 7), tutto ciò che è gaiano sembra ricavato direttamente dalle Istituzioni ; ma in altre parti la coincidenza sostanziale col testo delle Pandette, mentre garantisce l'identità della fonte prima, si accompagna ad una esuberanza costante del testo istituzionale. Così, si è visto, nel titolo introduttivo (3,13); così nel titolo delle *obligationes re* (3, 14), e tanto nella parte che risponde a Gai. III 90 quanto in quella che abbiamo visto redatta per suggestione dei §§ 204 sgg. ; così nel titolo *de locat. et cond.* (3, 24), che, mentre riproduce D. 19, 2, 2, contiene in parte anche i maggiori sviluppi che sono nel Veronese; così, infine, nel titolo *de mandato* (3, 26), dove la parte rispondente a D. 17, 1, 2 è un po' più diffusa.

Comunque, l'indubbio carattere postclassico degli sviluppi sulla responsabilità contrattuale, che sostanzialmente si corrispondono nelle Istituzioni e nei Digesti, dimostra che entrambe le operazioni, elaborazione e riassunto, furono compiute in epoca tarda : salvo che i compilatori delle Istituzioni ebbero fra le mani l'elaborazione più diffusa, mentre nella redazione dei Digesti venne adoperata l'epìtome.

Resta l'incertezza sull' essenza originaria dell'opera così torturata. E a me gli spostamenti subìti dai varii brani relativi

---

1) Che esso sia « ganz und gar unklassisch », afferma ora Kunkel, *Ztschr. Sav. St.* 45, 271 sg. 282.

alla stipulazione, i testi indipendenti di D. 18. 6 e le 17, 1, 4 e minute differenze in brani sostanzialmente conformi, sembrano deporre per un'opera (o, almeno, per una edizione) diversa da quella pervenutaci nel Veronese : se poi si tratti di quella seconda edizione dei *commentarii* della quale altra volta ho ricercato le tracce, e se il nome di *res cotidianae* sia gaiano o sia stato anch' esso creato dal primo ed ignoto elaboratore postclassico, non saprei dire.

Ma credo che questi pochi accenni, se saranno bene accolti dagli studiosi, saranno anche di stimolo a proseguire nella indagine ; forse allora, mentre sussisteranno le *variae causarum figurae*, esse s'identificheranno senza residui coi casi del *teneri quasi ex delicto*, mentre le ipotesi dell' *obligari quasi ex contractu* si ridurranno ad un componimento di scuola sopra il tema offerto da Gaio col suo celebre dubbio intorno alla *indebiti solutio* (III 91). Quanto alla posizione che Gaio avrebbe fatta al deposito al commodato ed al pegno, penso di essermi definitivamente liberato delle preoccupazioni di un tempo, e di dover concludere ch'egli non se ne è occupato mai, nè nelle Istituzioni nè in altra opera, salvo nell' occasione in cui esponeva la legittimazione attiva all' azione di furto, ed incidentalmente accennava ai varii atteggiamenti del torto civile.

Vincenzo Arangio-Ruiz.

CASSIO E LA NUOVA LEGISLAZIONE AUGUSTEA E POSTAUGUSTEA

PAR

CARLO ARNÒ

PROFESSORE ORDINARIO DELLA R. UNIVERSITÀ DI MODENA

CASSIO E LA NUOVA LEGISLAZIONE AUGUSTEA E POSTAUGUSTEA (1)

Sententiae Cassii, ut nemo unus contraire ausus est.... Tacito.

Nello studio per la ricostruzione delle due scuole dei giureconsulti romani, non devesi pretermettere una riflessione di somma importanza. Se sonvi dibattiti, che, perseverando con Nerva e Sabino, con Proculo e Cassio, etc., pur in realtà non costituiscono se non controversie di scuole, la cui *origo a Mucio et Servio coeperat* (mia parafrasi a Pomponio, D. 1-2-2-52

---

(1) Cfr. miei lavori: *a*) *Scuola muciana e scuola serviana*, Estratto dagli *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, XI Riunione, Trieste, Ottobre 1921, Città di Castello, Società Anonima Tipografica « Leonardo da Vinci », 1922; *b*) *Scuola muciana e scuola serviana*, Estratto dall'*Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*, vol. LXXXVII, fasc. I, quarta Serie, vol. III, fasc. 1, Modena, Società Tipografica Modenese (Antica Tipografia Soliani), 1922; *c*) Cascellio, *Nuovi studi sulle scuole muciana e serviana*, Estratto dalle *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena*, Antica Tipografia Soliani, 1922; *d*) M. Cocceio Nerva, *Nuovi studi sulle scuole muciana e serviana*, Estratto dalla *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Deel IV, aflevering 2, Haarlem, H. D. Tjeenk Willink et Zoon, 1922; *e*) Cassio *Servianae scholae princeps et parens*, in *Sommaires des communications, V^e^ Congrès International des Sciences Historiques*. Tirage provisoire. Bruxelles, Soc. Anon. M. Weissenbruch, imprimeur du Roi, 1923; *f*) *Contributo nella scuola serviana recato con Servio, con Ofilio, con Cassio e con Giuliano alla esplicazione delle actiones exercitoria ed institoria*, in *Il diritto commerciale*, Direttori: P. Cogliolo, D. Supino, vol. XVI, della II Serie, vol. XLIII della Collezione, fasc. 3-4, Marzo-Aprile 1924, Genova, Stab. Grafico Editoriale, 1924; *g*) *La dottrina dell' hereditas iacens nella scuola serviana*, Estratto dall'*Archivio Giuridico*, vol. XCII, fasc. I, quarta Serie, vol. VIII, fasc. 1, Modena, Società Tipografica Modenese (Antica Tipografia Soliani), 1924; *h*) *L'elaborazione della teoria del furto nella scuola serviana*, Estratto dalla *Scuola Positiva, Rivista di dir. e proc. pen.*,

in f.), sonvi d'altra parte punti di tergiversazione tra i giuristi delle due scuole che dipendono esclusivamente dall' ermeneutica della legislazione augustea e postaugustea ; qui le due scuole sembrano quasi sussistere indipendentemente dai precedenti dell' epoca anteriore ad Augusto e suoi successori. Delle controversie di scuole si potrebbero quindi ben fare due categorie : l'una di quelle che risalgono alla prima fase delle due scuole, e l'altra di quelle che sono sorte esclusivamente nella seconda fase, in quanto derivano da interpretazioni diverse date a novelle disposizioni del diritto augusteo e postaugusteo. Le controversie di questa seconda categoria non potevano naturalmente sussistere se non ai tempi dei continuatori delle due scuole, ossia ai tempi di Sabino e di Cassio da una parte e di Proculo dall' altra, e fu in riguardo ad esse che a poco a poco venne a formarsi l'opinione, oggigiorno divenuta dominante, che le due *sectae* si siano costituite con Sabino e Cassio e con Proculo, perdendosi così di vista che le due *sectae* già esistevano precedentemente, onde le controversie della prima categoria (cfr. mio lavoro : *Nerva*, pag. 19 seg. dell' Estratto).

a) Esempio di una controversia della seconda categoria è quello di cui riferisce Scevola, D. 29-7-14 pr. I codicilli erano stati ammessi per intervento personale di Augusto (*Inst.* 2-25 pr.), la cui idea era che i codicilli confermati formino

---

diretta dagli avvocati Enrico Ferri-Eugenio Florian, Nuova Serie, Anno IV, fasc. 10, 11, 12, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1924; *i*) *In tema di servus fugitivus*, in studi in onore di S. Perozzi, 1925 ; *l*) Cassio, *Servianae scholae princeps et parens*, Estratto dalle *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena*, serie III, vol. XV Sezione Scienze. Modena, Società Tipografica Modenese (Antica Tipografia Soliani), 1925 ; *m*) *Nuovi studi su Cassio*, in *Pubblicazioni della facoltà Giuridica della R. Università di Modena*, 1925 ; *n*) *La mia congettura sulle due scuole dei giureconsulti romani in relazione a quella del Bluhme sull'ordine tenuto dai compilatori delle Pandette*, Estratto dall'*Archivio Giuridico*, quarta Serie, vol. IX. Modena, Società Tipografica Modenese (Antica Tipografia Soliani), 1925.

pars testamenti (cfr. P. F. Girard, *Manuel élém. de droit romain*, Paris, 1896, pag. 885, nota 3 ; cfr. GIULIANO, D. 29-7-2-2 — finzione codicillare — ; D. 29-7-3-3-2 ; GAIO, D. 29-3-11 :..... *codicilli pars intelleguntur testamenti*). A questa idea di Augusto si attennero fedelmente i corifei della scuola ufficiale di allora e cioè Sabino e Cassio. Sollevatasi quindi la questione : *an legata, quae posteaquam instituti mortem obierunt codicillis adscripta vel adempta sunt, a substitutis debeantur, id est an perinde datio et ademptio etiam hoc tempore codicillis facta valeat ac si testamento facta esset* (D. 29-7-14 pr. cit.), Sabino e Cassio, seguendo l'idea d' Augusto, risposero affermativamente a punto perchè il codicillo testamentario nel pensiero di Augusto è *pars testamenti*, viene ad integrare il testamento e vive la vita stessa del testamento — *codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem iuris inde traditam servent* —. Nella scuola opposta si dissentiva e il responso di Proculo fu in senso recisamente contrario. La tesi di Proculo tuttavia esercitò una qualche influenza in seguito sui giuristi (cfr GIULIANO, D 29-7-2 pr. et § 1 ; D. 29-7-4 ; D. 40-9-7 pr.; GAIO, D. 29-1-17-4) ; se non che, nonostante tale influenza, ancora Scevola, il consigliere di Marco Aurelio, in modo decisivo accogliendo e giustificando l'opinione di Proculo, si fa innanzi timidamente, trovandosi di fronte la tesi che Sabino e Cassio derivarono dall' idea di Augusto, e dice : *ego autem* AUSIM *sententiam Proculi verissimam dicere* (D. 29-7-14 pr. cit.). Con la recezione del testo di Scevola, convien ritenere che nel diritto giustinianeo l'opinione che prevalse è quella di Proculo, nonostante i giustinianei si guardino bene di dirlo apertamente.

b) Console Giulio Cesare nel 59 av. Cr., era stata rogata la *lex Julia repetundarum* o *de pecuniis repetundis* ; questa legge nella scuola serviana fu sempre oggetto di vasta elaborazione e di larga interpretazione. Tra l'altro la legge contemplava i casi di radiazione dal senato, e Caio Cassio Longino, basandosi sul disposto di questa legge di Giulio Cesare, fece prevalere la

tesi che non si dovesse permettere *ei, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus, iudicare vel testimonium dicere* (Marcello, D. 1-9-2). Cfr. Papiniano, D. 22-5-13 ; Ulpiano, D. 4-8-9-3. Vedi Cuiacio X, 383 ; Fabro, *Ration. in Pand., ad l. Cassius Longinus*, I, Lugduni 1659, pag. 64 seg.

c) Giusta la mia tesi, il problema delle origini della *bonorum possessio* si riduce a questo, che la *bonorum possessio* poteva essere resa nulla dall' *heres* ; essa era solo ed esclusivamente *sine re* ; fu la legislazione imperiale — e non solo in particolare per rescritti di Adriano, di Antonino Pio e dei Severi, ma già per la *lex Julia*, per cui *scriptis non aufertur hereditas* (Gaio, II-150) — quella che per molteplici casi trasformò la originaria natura della *bonorum possessio*, rendendola *cum re* (cfr. mio lavoro : *La bonorum possessio sine re. Il problema dell' origine* ; Estratto dalle *memorie dell' Accademia delle Scienze di Modena*, Serie III, Vol. XII, Modena, Società tipografica Modenese, 1914, pag. 22). Penso che la scuola serviana e Cassio in particolare abbiano contribuito a dare impulso a cotesta opera della legislazione imperiale, sovrattutto per lo sviluppo dato all'istituto della *collatio*, per mezzo della quale gli emancipati dovevano prestare l'indennizzo ai *sui* con i quali concorrono (vedi mio lavoro citato, pag. 19). Cfr. Paolo, D. 37-6-2-5 : *si tres emancipati, duo in potestate sint, Gaius Cassius libro septimo iuris civilis tertias conferendas putat, ut emancipati, quia invicem non conferunt, unius loco sint : nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit bonorum possessionem omittere, Julianus quoque Cassii sententiam sequitur.* Cfr. Giuliano, D. 37-6-3-2. E anzi Salvio Giuliano, seguendo quest' ordine di idee della sua scuola, introdusse la *nova* clausola (vedi mio lavoro, *l. c.*). Cfr. Gaio, III-19 et 26 ; Ulpiano, 28-4 ; vedi Girard, *Man. élém.* cit., pag. 821, nota 1; pag. 831; nota 4; pag. 869, nota 1, in f.

d) All' antica limitazione delle donazioni, dovuta alla *lex Cincia de donis et muneribus*, nell' epoca augustea un' altra se ne aggiunse (introdotta *moribus* ovvero dalla cosi detta *lex*

Julia decimaria, che è parte della legge *Julia* e *Papia Poppaea*?), in forza della quale furono colpite di nullità assoluta le *donationes inter virum et uxorem*. Cassio ebbe a contemplare in proposito un caso speciale (PAOLO, D. 41-6-1-2) e dalla soluzione da lui data venne poi a formarsi la massima generale, per cui : « *si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio* ». Il caso speciale preso in esame da Cassio era il seguente : un marito aveva fatto donazione di una data cosa alla moglie, e poscia intervenne il divorzio ; l'usucapione avrà luogo? No, rispose CASSIO, perchè la donna non può *causam possessionis sibi ipsa mutare*. E se, dopo il divorzio, il marito le concesse la cosa stessa, che le aveva donata, *quasi nunc donasse intellegatur*? in tal caso disse CASSIO che essa acquisterà per usucapione. Penso che GIULIANO non facesse che ripetere quanto aveva detto CASSIO, sebbene nel testo si legga soltanto questo inciso : *possidere* (ma non *ad usucapionem*, tranne che *post divortium* vi sia stata la ratifica) *autem uxorem rem a viro donatam Julianus putat*.

e) Sotto Augusto, nel 10 d. Cr., era stato emanato il SCTO SILANIANO, che condannò alla tortura ed anco alla morte i servi puberi e presenti *sub eodem tecto* del domino rimasto ucciso, e premiò con la *datio libertatis* quelli che ne avessero svelato l'uccisore ; cfr. D. 29-5 : *de Scto Silaniano*, etc. — Tale disposto volle CLAUDIO che venisse nuovamente confermato e regolato e venne emanato in proposito un SCTO CLAUDIANO, e lo stesso volle Nerone e nel 57 d. Cr. furono, sempre sulla stessa materia, emanati un SCTO NERONIANO ed il SCTO PISONIANO. Caio Cassio Longino, sia per la severità in lui innata, sia sovrattutto per corteggiare CLAUDIO da prima e Nerone di poi, reclamava di siffatti Scti la più rigorosa, crudele e spietata applicazione. Narrasi invero che essendo il *praefectus urbi*, Pedanio Secondo, stato assassinato da uno de' suoi schiavi, e trovandosi presso di lui molteplici schiavi, al pensiero che questi innocenti dovessero essere torturati ed uccisi, il popolo sollevossi, ma Caio Cassio Longino si valse del grande potere

di cui godeva per impedire che si addivenisse ad alcun atto di clemenza — *demonstravit facinus tale, ac tam difficile sine omnium, aut dolo, aut culpa explicari nequisse : cunctisque persuasit, singulorum servorum conscientiam fuisse criminosam* — e volle che tutti que' molteplici schiavi fossero uccisi. I senatori, prima che Cassio intervenisse nella discussione, erano nella gran maggioranza favorevoli ad assolvere — *dissonae voces respondebant, numerum, aut aetatem, aut sexum, ac plurimorum indubiam innocentiam miserantium* —, ma la potente parola di Cassio, fiero e tutto ligio per le severe e rigide esecuzioni delle leggi, per le diritte conseguenze dell' apoftegma : *dura lex sed tamen lex*, fece sì che i più si inchinassero alla sua grande autorità : *sententiae Cassii ut nemo unus contraire ausus est*, ed anzi *censuerat Cingonius Varro ut liberti quoque qui sub eodem tecto fuissent, Italia deportarentur* (Tacito, *Ann.* XIV, 42-45). *C. Cassius, sententiae loco, in hunc modum disseruit* : « Molte volte mi son trovato, padri coscritti, a sentir » chieder in questo senato leggi e ordinanze nuove contro al- » l'antiche ; e non ho contraddetto : non per dubitanza che già » non fusse a tutte le cose provveduto meglio e più rettamente » da non potersi, ritoccandole, se non peggiorare ; ma per non » parere d' innalzare con troppo amore questa mia antichità ; » e anche per non mi giocare (contraddicendoci ogni dì) quel- » l'autorità che abbiamo, ma risparmiarla per servigio della » republica se mai bisognasse ; come oggi che si prode uomo » consolare è stato in casa sua assassinato da uno schiavo, » lasciato fare, non iscoperto ; e non è però ancora stracciato » il decreto che tutta la famiglia n' abbia il supplizio. Assolve- » tela pure. Ma chi fia unque difeso da sua dignità, se non ei » basta l' esser prefetto? Qual numero di schiavi fia tanto, se » quattrocento non hanno difeso Pedanio Secondo? cui aiuterà » la famiglia, se ora che importa a lei altresì, se ne sta? Essi » forse l'uccidítore vendicato (come alcuni hanno faccia di » fingere) del non avergli attenuta il padrone la libertà merca- » tata, qualche gran tesoro paterno, o toltogli uno schiavo de'

» suoi antichi? Giudichiamo adunque che ei l'abbia ucciso con » ragione. Consideriamo ora le cagioni perchè i più saggi così » determinarono. Ma se noi al presente sopra questo caso » avessimo a deliberare per la prima volta, crederemo, uno » schiavo avere ardito ammazzar il padrone senza averne » sputato prima qualche bottone o minaccia o parola non » saggia? Oh e' non si volle scoprire! nascose l'arme! come » poteo egli passar le guardie, aprir la camera, portar il lume, » ammazzarlo, che niuno sentisse? Antiveggon bene gli schiavi » i ma' pensieri per molti indizi; scoprendoceli noi, potrem » vivere soli tra molti: sicuri tra i mal contenti: e morir, » bisognando, vendicati tra i traditori. Sospetta a' nostri » antichi fu la natura delli schiavi, quando anco nascevano con » l' affezione a' padroni nell' istesse case o ville. Oggi che ne » abbiamo in famiglia le nazioni intere, di leggi e religioni » strane o nulle, non frenereste tal feccia d'uomini, se non con » la paura. Morianno degl' innocenti. Anche quando d'uno » esercito vigliacco si trae per sorte de' dieci l'uno a morir di » bastone, n' escono de' valenti. Ogni grande esempio ha » qualche po' dell' iniquo contro qualcuno, ma è contrapesato » dall' util pubblico. » (traduz. Davanzati).

f) Per l'interpretazione del Scto Largiano, si esercitò ampiamente l'attività dei giuristi delle due scuole. Questo Scto, emanato sotto i consoli Lupo e Largo all' inizio dell' impero di Claudio, può considerarsi come facente parte di quella legislazione in cui rientrano da prima la legge *Junia*, la legge *Julia* e *Papia Poppaea* e le novelle disposizioni sulle manumissioni ai tempi di Augusto, ed in ispecie della legge *Aelia Sentia*, e in seguito la costituzione di Traiano, di cui in Gaio, III-72, e il Scto, del quale *auctor fuit* Adriano, e di cui in Gaio, III-73. Se *lege Junia iure quodammodo peculii bona latinorum ad manumissores pertinent*, ora per il Scto Largiano i *bona latinorum* spettano ai manomissori, e in secondo luogo ai loro *liberi* non diseredati *nominatim* ed infine ai loro eredi (Gaio, III-63). L'interpretazione del Scto sollevò molte difficoltà e i giuristi

delle due scuole cercarono di contribuire a dilucidare non pochi punti controversi. Non venne il Scto Largiano ad applicare sostanzialmente per i *bona latinorum* qualcosa che si avvicina al *ius in bonis libertorum civium romanorum*? Per Pegaso ad esempio tale doveva essere considerato lo spirito del Scto, onde egli ed altri con lui erano d'avviso che *in bonis latinorum eodem iure utamur, quo utimur in hereditate civium romanorum libertinorum* (Gaio, III-64). Cotesto criterio di interpretazione avente così spiccato carattere progressivo fu ostacolato dalla scuola ufficiale, e Gaio ancora con essa ripeteva che la *sententia* di Pegaso *aperte falsa est*, rilevando talune differenze che intercedono tra l'*hereditas civis romani liberti* e i *bona latinorum*, e concludendo (Gaio, III-64*a*) : *verius est ergo hoc solum eo Scto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exheredati non sint, praeferantur extraneis heredibus.* I giuristi della scuola ufficiale, pur combattendo cotesto largo criterio a cui si addiveniva nell' opposta scuola, si adoperarono assai nel recare i loro contributi all' interpretazione del Scto stesso. Cassio ad esempio — poichè domandavasi (Gaio, III-71), *an hoc Sctum ad eos patroni liberos pertineat, qui ex filia nepteve procreantur, id est ut nepos meus ex filia potior sit in bonis latini mei quam extraneus heres* ; e parimenti domandavasi, *an ad maternos latinos hoc Sctum pertineat, id est ut in bonis latini materni potior sit patronae filius quam heres extraneus matris* — opinava che *utroque casu locum esse Scto*, ma sembra che nella stessa scuola ufficiale il pensiero di Cassio non abbia avuto fortuna, e Gaio ci avverte che cotesta sentenza di Cassio *plerique improbant, quia senatus de his liberis patronarum nihil sentiat, qui aliam familiam sequerentur.* Celio Sabino ebbe a contemplare il caso in cui il patrono avesse lasciato insieme ai *liberi* pur un erede estraneo, e sentenziava che l' intera eredità spettasse *ad liberos defuncti* in parti virili, in quanto, essendovi un erede estraneo, la *lex Junia* non trova applicazione, ma è il Scto che si applica, onde i *liberi* sono preferiti agli estranei ; se non che Giavoleno modificò il responso di Celio Sabino,

osservando che in virtù del Scto i *liberi patroni* devono ripartirsi in porzioni virili solamente quella parte che prima del Scto sarebbe toccata agli eredi estranei in conformità alla *lex Junia*, ma che le altre parti spettano loro secondo le quote ereditarie (GAIO, III-70).

g) Come, emanato il Scto Largiano, Cassio subito si adoperò per agevolarne l'interpretazione, così, emanato ai tempi di Claudio, e cioè nel 46 d. Cr., il Scto Velleiano, Cassio ebbe ben tosto ad occuparsi di un caso concernente il Scto stesso. Se un fideiussore garantisce l'intercessione a cui la donna, nonostante il disposto del Scto, addivenne, può ammettersi che anche il fideiussore abbia l' *exceptio doli*? Cassio disse di sì, a condizione tuttavia che il fideiussore fosse stato all' uopo *rogatus a muliere*, e fosse di conseguenza autorizzato al regresso contro la donna in forza dell' *actio mandati* verso di essa, in guisa da toglierle indirettamente il suo privilegio. Se non che in seguito il Scto Velleiano fu più ampiamente interpretato e ricevette sempre maggiore estensione (cfr. mio lavoro : *La l.* 23 § 2 *Cod. ad Sctum Vell. IV*, 29, Torino, Tipogr. L. Roux e C., 1893, pag. 36), onde Giuliano — o forse già Giavoleno —, con decisione opposta a quella di Cassio, accorda — e forse tale era la dottrina ammessa nella scuola avversa — l' *exceptio* a tutti i fideiussori, anche se non avessero l' *actio mandati* contro la debitrice principale. Cfr. GIULIANO, 4 *ad Urseium Ferocem*, D. 16-1-16-1 : *si ab ea muliere, quae contra senatus consultum intercessisset, fideiussorem accepissem, Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Julianus* — Javolenus (?) ins. Kr. — *autem recte putat fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat et a praetore restituitur prior debitor creditori.* Se la *plena interpretatio* condusse ad ammettere che *mulier et fideiussor eius velleiano iuvantur et in primum debitorem actio restituitur*, a rigore il Scto contemplava la sola obbligazione della donna che intercedeva, e non anco quella

di colui che veniva alla sua volta ad intercedere per lei, onde ben si comprende come a Cassio, appena emanato il Scto, sembrasse già fare un gran passo innanzi accordando al *fideiussor mulieris* l' *exceptio Scti, si a muliere ipsa rogatus fuisset.*

CARLO ARNÒ.

OBSERVATIONS SUR LE FRAGMENT DE CELSE

D. 5, 3, *de her. p.*, L. 45

PAR

CH. ASTOUL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

OBSERVATIONS SUR LE FRAGMENT DE CELSE

Dig. 5, 3, *de her. pet.*, l. 45.

Ce texte, tiré du livre IV des *Digesta* de CELSE, est un des plus utilisés pour la détermination du sort de celui qui, ne possédant pas, s'est porté défendeur à une action *in rem (liti se obtulit)* ; et pourtant le sens ne m'en semble pas avoir été encore entièrement éclairci. Il est d'abord généralement présenté (1), sur la foi de la *Palingenesia*, comme affecté d'une interpolation indiquée par les crochets de la manière suivante :

Qui liti se obtulit, cum rem non possideret, [*condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere : quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni obtulit*] *ex doli clausula tenetur : aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit non decipi.*

L'interpolation englobe la proposition incidente qui commence par *nisi*, dans laquelle ont été relevées des expressions significatives : *evidentissimis probationibus* ; *ostendere* ; *isto modo* (2). M. MARIA (3) a observé avec raison qu'elle devait s'étendre aussi sur la proposition incidente finale *(aestimari.... decipi)*, où le mot *ejus*, qui logiquement ne peut s'entendre que de la victime du dol, grammaticalement en désignerait l'auteur.

---

(1) Edition stéréotype du Digeste MOMMSEN-KRUEGER ; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, v° *Offerre*.

(2) GER. BESELER, *Beiträge*, I, 82, note *in fine* ; IV, 86, 209 ; RICCOBONO, *Z. Sav. St.*, 34, 244 ; *adde* références dans STELLA-MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, p. 21.

(3) *Observations sur la possession du défendeur à la rei vindicatio*, dans *Etudes d'histoire juridique offertes à Paul-Frédéric Girard*, t. II, p. 243.

Mais, ce qui est plus grave, selon M. LENEL, l'interpolation englobe aussi le mot *condemnatur*, c'est-à-dire qu'elle altère le sens de la proposition principale dans la décision de CELSE. Ceci demanderait une justification : M. Lenel en présente une, bien sommaire, dans l'article *Rei vindicatio und actio ad exhibendum* (1) : ce sont les compilateurs qui ont introduit la possibilité d'une condamnation directe, alors que CELSE ne connaissait que la responsabilité fondée sur la *clausula doli*. Etrange fascination exercée par cette théorie intéressante de la responsabilité *ex clausula doli*, qui déjà semble avoir empêché d'autres auteurs de rien voir en dehors d'elle dans le fragment de CELSE ! (2) Est-ce elle qui a empêché l'éminent auteur de la *Palingenesia* de s'apercevoir que les deux expressions : *condemnatur*, *ex doli clausula tenetur*, sont parfaitement conciliables à la seule condition de supposer qu'elles s'appliquent à deux cas différents? Comme cette supposition va nous apparaître bien fondée, je tiens pour dépourvue de toute preuve l'hypothèse de l'interpolation portant sur le mot *condemnatur*; et, laissant tomber seulement les propositions incidentes, je retiens comme exprimant la pensée authentique de CELSE les propositions principales ainsi formulées :

Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur; et qui se hereditatis petitioni obtulit ex doli clausula tenetur.

Dans le texte ainsi restitué, la première proposition vise celui qui s'est porté défendeur à la *rei vindicatio*. M. MARIA a très bien montré, dans le travail cité ci-dessus, comment les premiers Proculiens ont admis très logiquement que ce défendeur devait être condamné, du moment où le demandeur est reconnu propriétaire, sans qu'il y ait à se préoccuper d'une

---

(1) *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1910, p. 532.

(2) Ainsi DEMELIUS, *Die Exhibitionspflicht*, p. 193-194, sans parler d'interpolation, traite de la l. 45 en ne faisant attention qu'à l'expression *ex doli clausula tenetur* : le mot *condemnatur* est pour lui comme sans portée, ou non avenu.

question de possession que la formule ne pose pas : et cette démonstration aurait bien mérité à son auteur d'arriver à la claire vue du sens du fragment de CELSE. De fait, rencontrant ce texte, et constatant que, pour le cas de celui qui s'est offert à la pétition d'hérédité, il donne comme ressource au demandeur le recours à la *clausula doli*, M. MARIA a bien soin d'observer, conformément au résultat de ses recherches, qu'on ne peut conclure de cette décision de CELSE relative à la pétition d'hérédité à une solution semblable en matière de revendication ; mais il conclut simplement : « nous ne savons pas quelle était la solution de CELSUS pour la revendication. » (1) Evidemment il a cru, sur la foi de M. LENEL, que notre texte ne concernait que la pétition d'hérédité. Je suis convaincu qu'il concerne aussi la *rei vindicatio*, et que la décision de CELSE pour cette action y est écrite en toutes lettres. Si CELSE a traité en son livre IV de la pétition d'hérédité, la revendication n'a-t-elle pas pu avoir là aussi sa place naturelle? Dans un passage même concernant principalement, si l'on veut, la pétition d'hérédité, CELSE n'a-t-il pu faire une observation relative à la *rei vindicatio*? Enfin, je le demande, quand on lit sans esprit préconçu ce commencement de phrase : *qui liti se obtulit, cum* REM *non possideret*, peut-on songer à une autre hypothèse qu'à celle de la *rei vindicatio*?

La décision de CELSE sur le cas de la *rei vindicatio* est celle des premiers Proculiens : décision rigide, atteignant également le défendeur de bonne ou de mauvaise foi, indépendante de la question de savoir si le demandeur a été ou non trompé par l'attitude du défendeur; c'est dire qu'elle ne comporte pas la réserve introduite par la phrase incidente : *nisi...*, laquelle ne peut être qu'une addition des compilateurs.

Quant à la seconde proposition de notre texte, elle vise très expressément la pétition d'hérédité, et Celse donne ici au demandeur la même ressource à laquelle les Sabiniens le

(1) *Ubi suprà*, p. 244.

renvoyaient au cas de *rei vindicatio* : la responsabilité du défendeur en vertu de la *clausula doli* de la *cautio judicatum solvi* ou *pro praede litis et vindiciarum*. Cette différence de solution n'a rien qui doive surprendre. En réalité l'identité de solution pour les deux actions ne s'impose en aucune façon. Si c'étaient les termes de la formule de la *rei vindicatio* qui conduisaient les Proculiens à conclure à la condamnation du défendeur sans distinction, les termes de la formule de la pétition d'hérédité devaient conduire au contraire à absoudre le défendeur qui ne possédait pas. M. LENEL a démontré en effet (1) que cette formule devait indiquer la condition de possession *pro herede* ou *pro possessore* à laquelle était subordonné l'ordre de restitution à adresser au défendeur, et par suite aussi sa condamnation. Et cette différence de formule entre les deux actions n'est pas arbitraire, mais tient à une différence fondamentale que les analogies de leur organisation technique n'ont pu effacer. La *rei vindicatio* a pour objet juridique de faire reconnaître le droit de propriété sur une chose, et, étant donnée contre le possesseur de cette chose, elle tend en même temps, comme résultat utile, à obtenir la restitution *de cette même chose* dont la propriété est visée dans l'*intentio*. La *petitio hereditatis* a pour objet juridique de faire reconnaître le droit à l'hérédité d'une personne, mais elle est donnée contre un possesseur, non pas de cette hérédité, mais d'une ou plusieurs choses en dépendant, et elle tend, comme résultat utile, à obtenir simplement la restitution des choses possédées par le défendeur, et non la restitution de l'hérédité dans son ensemble, telle qu'elle est visée dans l'*intentio* (2). On conçoit donc que celui qui se porte défendeur à la *rei vindicatio* assume par là même l'obligation éventuelle de restituer la chose, qu'il est supposé posséder, et s'assujettisse à

(1) O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, trad. Peltier, t. I[er], p. 201-202.

(2) Ceci est bien marqué par GAIUS, *Dig.* 5, 3, l. 10 § 1[er].

une condamnation qui la représente ; tandis qu'il n'y a pas même raison pour que celui qui se porte défendeur à la pétition d'hérédité assume l'obligation de restituer l'hérédité et s'assujettisse à une condamnation qui la représente : il donne tout au plus à supposer qu'il possède des choses héréditaires ; encore restent-elles à déterminer, et il ne peut être question de restitution ou de condamnation à sa charge qu'après vérification de ce qu'il possède.

On conçoit donc que, pour CELSE, celui qui est allé au devant de la pétition d'hérédité sans rien posséder de l'hérédité, et qui n'en possède encore rien au moment où le juge prononce (1), soit très régulièrement absous. D'où le besoin, s'il y a eu fraude de sa part, d'en chercher la réparation en faisant appel à la *clausula doli*.

Quant à l'explication finale sur le montant de la condamnation en ce cas, elle ne serait pas inadmissible au fond de la part de CELSE; mais elle n'est pas indispensable, et l'incorrection du mot *ejus* donne lieu de croire qu'elle n'est pas du jurisconsulte ; comme l'incise précédente à laquelle elle forme visiblement pendant, elle doit être une précision ajoutée par les compilateurs.

La position de CELSE à l'égard de la question du défendeur *qui liti se obtulit* n'est pas seulement intéressante à bien définir pour préciser l'état de la jurisprudence au moment où il écrivait, mais aussi parce que la doctrine de ce jurisconsulte a été prise en considération par la suite ; nous le savons positivement par un fragment bien connu d'ULPIEN qui renvoie

(1) Si le défendeur a acquis la possession d'une chose héréditaire depuis la *litis contestatio*, cela suffit pour qu'il doive être condamné : ainsi le décide CELSE au liv. IV de ses *Digesta*, au témoignage d'ULPIEN, *Dig.* 5, 3, l. 18 § 1. Il n'y a d'ailleurs pas à s'arrêter à l'idée d'identifier le passage de Celse ici visé avec la première phrase du fragment que nous étudions, laquelle ne contient aucune mention de pétition d'hérédité ni aucune trace de l'idée de possession acquise depuis la *litis contestatio*.

indubitablement au passage même que nous venons d'étudier, *Dig.* 5, 3, l. 13 § 13 :

...et videndum si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri : dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat : omnem qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Je ne suis pas sûr qu'il nous soit possible de nous rendre compte avec une entière certitude de cette utilisation de Celse par Marcellus : mais je ne puis en tous cas considérer comme démontrée l'interprétation de M. Lenel (1), suivant laquelle la solution approuvée par Marcellus ne peut être que le recours à la *clausula doli*, et les mots *generaliter probat* ne peuvent exprimer qu'une extension de cette solution aux actions *in rem*, autres que la pétition d'hérédité. On ne voit pas, d'abord, pourquoi Marcellus aurait invoqué spécialement, en faveur de cette solution, l'autorité de Celse, qui n'en est nullement l'inventeur (2), et cela pour en faire application à des cas pour lesquels Celse avait une solution toute différente. Mais la vérité est que dans notre fragment de Celse il n'y avait pas purement et simplement cette solution, dans la forme sèche où nous la présente le résidu du texte dégagé des interpolations. Il y avait des justifications, dont le besoin se faisait particulièrement sentir en présence de l'opposition déclarée entre le traitement du défendeur à la *rei vindicatio* et celui du défendeur à la pétition d'hérédité, justifications dont nous trouvons l'écho chez Ulpien : *Celsus... scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni.* N'est-il pas permis de supposer que ce que Marcellus a apprécié chez Celse, ce sont ces justifications, peut-être exprimées de façon particulièrement heureuse? Mais en même temps Marcellus a observé que cette idée du dol, justifiant la

(1) Article précité, p. 533.

(2) V. la référence à Sabinus, dans *Dig.*, 4, 3, l. 39.

responsabilité du défendeur *qui liti se obtulit*, était une idée d'une valeur générale, applicable rationnellement à tout défendeur à une action *in rem*, et non pas seulement au défendeur à la pétition d'hérédité pour qui CELSE l'invoquait. On peut effectivement l'appliquer à celui qui s'est offert à la *rei vindicatio*, et même on peut imaginer plus d'une manière d'en faire usage à son égard : on peut l'invoquer pour corriger le résultat de l'absolution admise par les Sabiniens au moyen du recours à l'action *ex clausula doli* ; on peut aussi en tirer un élément de modération dans l'application du système proculien, en décidant que ce défendeur non possédant sera condamné, non sans distinction comme le veut encore CELSE, mais seulement au cas où il y a dol de sa part, et à raison de ce dol.

Cette dernière solution, réalisant en somme un moyen terme entre les systèmes sabinien et proculien, dépasse-t-elle la portée des esprits des jurisconsultes de la fin de l'époque classique? Il serait bien téméraire de l'affirmer. Du moins, sans me porter garant que le *quasi possidentem teneri* soit bien de MARCELLUS, ne saurais-je aucunement accorder que ces mots ne puissent exprimer qu'une pensée des compilateurs.

CH. ASTOUL.

IL CODICE DI HAMMURABI E LE XII TAVOLE

PAR

P. BONFANTE

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

IL CODICE DI HAMMURABI E LE XII TAVOLE

Il codice di Hammurabi ha sorpreso il mondo scientifico non meno per l'alta antichità che per l'alta civiltà rappresentata da questa antichissima legislazione. Francesco SCHUPFER nel suo dotto ed acuto commento non si ristà dal celebrarlo: « È una gran legge, soprattutto una legge civile ». Ammette che vi hanno, se vogliamo dirci (anche se non vogliamo), disposizioni in parte feroci, ma in ultima analisi il giudizio è pur sempre che i principi contenuti in questo codice sono « in massima parte norme umane e civili, che neppure rifuggono dalle specificazioni, che ad ogni modo segnano un gran progresso sulla barbarie (1). »

In una prefazione premessa ad una versione italiana della legge io mi esprimeva alquanto più riservatamente, osservando come questo codice lumeggi un' antitesi fra l'Oriente e l'Occidente nei rapporti economici e nei rapporti etici. La superiorità per lungo tempo indiscussa dell'Oriente concerne la varietà e la ricchezza dei primi: quanto ai secondi (i rapporti etici) l'Oriente offre sempre lati profondamente repugnanti e che noi giudichiamo barbarici o aspetti originali e rivela una deficienza sorprendente nel principio fondamentale del diritto pubblico che ha costituito sempre la particolarità o l'aspirazione del mondo occidentale: il sentimento della libertà e della dignità civile.

Non credo inutile dedicare questa breve nota che offro modestamente all'onorando collega, a illustrare il concetto

(1) FRANCESCO SCHUPFER, « *La legge d'Hammurabi, re di Babilonia e il diritto babilonese, nei secoli della 1ª dinastia* in *Memorie dell'Accademia nazionale dei Lincei* », serie V°, vol. 16, 1922, pp. 413-544.

col parallelo di un codice che io riconosco come barbarico (1).

Che sotto l'aspetto economico il codice di Hammurabi passi innanzi al codice decemvirale pel carattere e la specificazione delle norme, è inutile soffermarsi a dimostrarlo. Basti considerare che il regime delle obbligazioni, nel senso odierno della parola, non ha una sola norma nel codice decemvirale, salvo, se si vuole, la dichiarazione isolata sulla *nuncupatio* del *mancipium*, mentre essa invece ha tale sviluppo nel codice di Hammurabi anche nelle parti speciali (contratto di commissione, di trasporto, mutuo, deposito, vendita, responsabilità per evizione, locazione di cose, locazione di opere liberali e illiberali, donazione, società ecc.) da dar l'impronta a questa legislazione. Si potrebbe dire che il codice di Hammurabi è un codice di mercanti, il codice decemvirale è invece un codice di proprietari fondiari.

Ma il codice decemvirale si rifà ampiamente per l'alta umanità e il senso di libertà e di eguaglianza civile, che esso spira: è sovrattutto questo sentimento di libertà, la più genuina caratteristica dell'Occidente e la sua vera forza, che spicca e acquista nel contrasto una vera aureola. Si sente in esso la *civitas* occidentale: si sente nel codice di Hammurabi la dispotìa orientale.

Nel codice di Hammurabi il concetto di cittadino è assente, l'uomo libero è suddito o meglio servo del Re (art. 129), e sarebbe assurdo pensare a una garanzia del cittadino di fronte alla sovranità dello Stato tutta impersonata nel Re: nella sfera dei delitti sono ordinate penalità diverse secondo che la persona del colpevole o quella dell'offeso sia un uomo libero o un liberto, un uomo di condizione uguale o più elevata, e in generale il regime delle classi e del privilegio distruggono l'eguaglianza civile anche nel campo del diritto privato. Nel codice decemvirale nessuna distinzione fra le classi

(1) BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 3ª ediz., Milano 1923, p. 110 e seg.

sociali, nemmeno tra i liberti e gli ingenui, di fronte al diritto penale e al diritto privato : solennemente escluso è il privilegio ; il cittadino condannato a pena di morte ha il diritto di richiamarsi all'assemblea augusta dei suoi pari, il *maximus comitiatus*.

Nel codice di Hammurabi la pena di morte ha un'applicazione strabocchevole. Sono stati annoverati 36 casi e le pene sono atroci. La mutilazione vi compare in tutte le forme più ributtanti e prettamente orientali : mutilazione delle mani, della lingua, degli orecchi, del seno : vi compare il barbaro (barbaro nel senso etico più che nel senso etnologico) sistema dell'accecamento : è in uso il marchio infamante. Nel codice decemvirale la pena di morte è comminata per pochi e gravissimi casi ed è inflitta, di regola, al cittadino con quel mezzo che parve nel Medio Evo privilegio nobiliare : la scure. La mutilazione si può dire ignota, salvo il taglione che è istituto privato e la cui applicazione si elimina col *pactum* ; la stessa oscura *sectio* del debitore nel processo esecutivo è istituto privato. Sino dagli inizi della libera repubblica il sistema penale rivela quel carattere pel quale sullo spirare di essa il gran romano poteva a buon diritto gloriarsi che la sua *civitas* non fondava la propria difesa nell'*acerbitas suppliciorum* e che ciò appunto era degno di *viri fortes* (1) : e, possiamo aggiungere, degno di un popolo libero e fiero.

Vi ha nel territorio astratto del diritto penale concezioni opposte, nelle quali il penalista e il sociologo scorgono esclusivamente indizi di condizioni arretrate o rispettivamente di progresso nello spirito etico e nelle costituzione sociali, lasciando nell'ombra il pensiero politico, che ispira in proposito la civiltà occidentale e che impone un rispetto maggiore della personalità umana, in quanto è personalità del cittadino. Il codice di Hammurabi infligge la pena di morte al figlio del

(1) Cic. pro Rab. perd. reo 3, 10.

delinquente per la procurata morte di un figlio altrui, alla figlia per la procurata morte di una donna (art. 116, 210, 230) infligge crudeli sanzioni, pena di morte, taglio delle mani, all'architetto che ha mal costruito (art. 229-230) o al medico non felice nella cura di una ferita e di una cateratta (art. 218). Nulla di simile nell'austero e nobile codice decemvirale. È facile nelle prima serie di testi ricorrere col pensiero all'applicazione rigida del taglione o della responsabilità familiare ; ma non è per avere abolito il taglione (esso perdura nel diritto penale privato o infranti i gruppi sociali sottostanti, che sono, a mio avviso, gruppi politici e anch'essi perdurano) che il codice decemvirale non conosce cosiffatte sanzioni, bensì per la ragione che anche il figlio è partecipe di una comunità libera e sovrana, e nel diritto pubblico la sua personalità non è menomamente assorbita in quella del padre. Perciò io appaio la prima e la seconda serie di testi. Io scorgo anche nell'assenza di quella stolida e brutale sanzione per l'errore, sia pur colposo, lo stesso rispetto per la personalità e la responsabilità umana che ispira un popolo libero e lo frena in una china che è tanto facile quanto deplorevole : il sopraggiungere della tirannide è sempre indicato dall'aggravamento delle pene, e l'alba di un rinnovamento liberale é preannunciata da una mitigazione o, se si vuol meglio, da una elevazione etica del sistema penale. Il concetto che induce a mozzare le mani al medico infelice, che ha invano tentato di salvare chi aveva ricevuto una « grave ferita (!) » ovvero non riesce in una operazione della cateratta, è lo stesso concetto che induceva i Cartaginesi, eredi dello spirito orientale, a crocifiggere i loro generali egualmente sfortunati : Roma ha dato un esempio ben diverso, e di una sublimità a tutti nota, nel trattamento del vinto di Canne, esempio in cui non si sa se sia più da ammirare la giustizia o la saggezza, il sentimento etico o il senso psicologico.

Il processo romano genuino presenta la nota antitesi tra le due fasi, l'una che si svolge avanti agli organi dello Stato, l'altra avanti a un privato cittadino. Ciò che ha più traviato le

menti nell'indagine circa l'origine di questa particolarità, e ha condotto a seguire gli antichi nel riportarlo all'opera di un grande riformatore (errore fondamentale a mio avviso), è il non avvertire che questa divisione non è propriamente una particolarità, ma è nelle sue basi un fenomeno universale. Lo Stato primitivo presso qualunque popolo non ha assunto che una fase del processo, e in sulle prime assai timidamente, cioè quella che con parola romana potremmo dire la *ordinatio judicii*; ma la seconda fase, l'indagine della verità o della ragione, esso l'ha regolarmente rimessa a forze occulte e superiori, vale a dire al caso: l'ordalia, il duello giudiziario, il giudizio di Dio, la sorte. Il giudice non è strumento della ricerca della verità, ma della sua constatazione, o meglio della constatazione di una verità simbolica e a ogni modo formale.

Nella bellissima scena con cui si apre il notissimo dramma di Wagner, Enrico l'Uccellatore sente le parti, ordina il giudizio, ma la decisione è rimessa dal cavaliere lontano che miracolosamente si presenta a sostenere le parti di Elsa.

Lo stesso processo moderno nell'artificiosa costruzione del sistema probatorio serba le traccie di questa tendenza a star paghi di una verità formale. Ben diversa è la condizione delle cose nel processo romano. Il giudizio, cioè il procedimento nella sua seconda fase, non è rimesso in un modo o nell'altro alla sorte, bensì affidato ad un *bonus vir*, che deve indagare nei modi più liberi, e personalmente sempre, la verità materiale, un giudice, che non è mai spettatore o macchina obbligata a certe direttive, bensì dirige egli stesso, valuta e critica le prove, le induzioni ed è liberissimo di formarsi il suo convincimento come che sia, è tenuto ad esprimere in una sentenza non altro che il proprio onesto convincimento.

Ora il codice di Hammurabi conosce il giudizio di Dio (per lo meno l'ordalia dell'acqua) e in piu casi l'osservanza del giuramento si impone al giudice: mentre già nel codice decemvirale nessuna traccia abbiamo di giudizi divini e di altre

forme di coartazione religiosa del libero convincimento del giudice: noi sappiamo che nel processo classico (nulla ci dice che le cose fossero diverse all'epoca dei decemviri), salvo quei pochi casi in cui era obbligatorio giurare e riferire, la parte a cui viene deferito il giuramento non è tenuta a giurare o a riferire, nè il giudice (questo a un orientale sarebbe apparso enorme) è tenuto menomamente a seguire il giuramento prestato. Anche nella antichissima procedura della *legis actio sacramento* il giudizio si imposta sul giuramento, ma il giudice deve precisamente ricercare se fu giurato il vero, e, come i supplizi atroci sono ripudiati dal diritto romano, così è sconosciuta fino nel codice decemvirale la tortura dell'uomo libero, ma di nuovo, più che un senso etico, è il senso politico di una libera comunanza quello che esclude questo mezzo per gli uomini liberi (1).

Non insistiamo sulla caratteristica prettamente orientale e troppo nota della poligamia e della prostituzione sacra alla quale il padre può dedicare la figliuola. Piuttosto ci piace

(1) Più affermazioni arbitrarie sono contenute in questo periodo di uno storico italiano, il De Sanctis (*Storia dei Romani*, II, p. 84): « Questo provvedimento umanitario, onde Appio Claudio può riguardarsi come un precursore di Beccaria, si deve all'esempio del popolo greco ed in particolare dell'Ateniese ». Veramente Cicerone per gli stessi Ateniesi dice il contrario (Cic. *part. or.* 34, 118), il che, malgrado l'attestazione diversa degli oratori attici, potrebbe dimostrare che il principio non era senza eccezioni. Ma noi siamo disposti a cedere su questo punto: ciò che importa notare è che non regge nè la derivazione del principio romano dal diritto greco, nè il carattere prettamente umanitario della riforma, nè l'attribuzione ad Appio Claudio come un provvedimento di riforma, nè il richiamo di Beccaria. L'ipotesi di una derivazione dal diritto greco, appartiene al solito preconcetto delle origini elleniche della primitiva civiltà romana, che è italica, sabina, etrusca, ma non ellenica; il principio non è per lo meno decemvirale (le XII Tavole non ne parlano), nè dettato da spirito umanitario, ma conforme allo spirito e all'ordinamento di una libera comunità, nella quale il privilegio del cittadino si fonda sopra una ragione politica che si impone da sè · nè infine il presunto riformatore potrebbe per avventura paragonarsi a Beccaria, perchè la tortura nel diritto romano vige pur sempre per lo schiavo: il merito del Beccaria è di aver sostenuto la sua tesi in base ad argomenti razionali, psicologici, civili, umanitari, non politici.

terminare con una considerazione sulla relatività dei concetti di civiltà e barbarie, stato progredito o primitivo, quando si applicano ad una data società nel suo complesso. Effettivamente ogni società presenta all' osservatore di un' altra epoca una miscela di elementi barbari e civili. Ciò rende spesso ingiusto il giudizio dei posteri che tentano di portare la logica del loro mondo e del loro tempo nella valutazione degli uomini di un altro mondo e di un' altra epoca. Si dice bensì in generale, ed è stato detto e ripetuto dal nostro Villari a proposito di personaggi della nostra Rinascenza, che gli uomini vanno giudicati con la morale del loro tempo : ma la massima così crudamente espressa parrebbe significare che in tutti quanti i rapporti l'età trapassata recasse una morale inferiore, e un ragionatore troppo logico potrebbe spingersi ad integrare la vita sociale antica o straniera *anche in altri aspetti* con le più basse condizioni della nostra civiltà. Ciò è ingiusto e falso : l'esser ottuso il senso morale di un popolo in una data direzione non significa che esso non sia vivacissimo in altre direzioni. Nè la rozzezza di un ordinamento sociale in alcuni aspetti esclude la più squisita nobiltà di sentimenti in altri aspetti, come non esclude la raffinatezza del gusto estetico e l'elevatezza della vita economica. La coerenza dell' oggi non implica la stessa coerenza nei secoli passati : Simmaco che si deliziava degli spettacoli gladiatori, Simmaco, a cui par di veder risorgere i belli giorni dell'antica Roma, contemplando l'anfiteatro inondato del sangue di vittime innocenti, era in effetto e poteva ben essere ai suoi giorni una natura gentile e mitissima, anzi veramente elevata in alcuni concetti, come quando per la prima volta nelle forme più sublimi si fece banditore del principio della tolleranza religiosa ; ma il feroce signore, che ai giorni nostri si compiaceva della cruenta lotta dei suoi servi, era certo un delinquente ed un maniaco. Il greco che ordina alla propria moglie, secondo un documento papirologico : « quando avrai partorito, se sarà un maschio, allevalo, se è femmina, gittala via » poteva essere un uomo retto

e non privo di sentimento nella vita comune: chi desse un ordine simile ai nostri giorni dovrebbe essere giudicato un mostro nè affiderebbe sotto nessun aspetto.

Tuttavia nel complesso, valutando gli elementi schiettamente etici, valutando soprattutto l'alto e fiero sentimento di libertà e la sua fondamentale importanza nella storia universale dell' umanità, noi dovremmo rovesciare il giudizio integrale nel paragone fra il codice di Hammurabi e il codice decemvirale. In questo erano le forze più vive del progresso umano ed esse hanno trionfato.

P. Bonfante.

ARNOBIO, ADVERSUS NATIONES II, 6 ED UNA IPOTESI DI PIETRO GIORDANI

PAR

GIOVANNI BORTOLUCCI

PROFESSORE ORD. NELLA R. UNIVERSITA DI MODENÀ

ARNOBIO, ADVERSUS NATIONES II, 6 ED UNA IPOTESI DI PIETRO GIORDANI

Arnob. *Adv. nat.* II, 6 (Reifferscheid) :

Unde quaeso est vobis tantum sapientiae traditum, unde acuminis et vivacitatis tantum vel ex quibus scientiae disciplinis tantum cordis adsumere, divinationis tantum potuistis hauriro? Quia per casus et tempora declinare verba scitis et nomina, quia voces barbaras soloecismosque vitare, quia numerosum et structum compositumque sermonem aut ipsi vos nostis eeferre aut incomptus cum fuerit scire, quia Fornicem Lucilianum et Marsyam Pomponii obsignatum memoria continetis, quia quae sint in litibus constitutiones, quot causarum genera, quot dictionum, quid sit genus quid species, oppositum a contrario quibus rationibus distinguatur, idcirco vos arbitramini scire quid sit falsum, quid verum, quid fieri possit, aut non possit, quae imorum summorumque natura sit? Numquam illud vulgatum pərstrinxit aures vestras sapientiam hominis stultitiam esse apud deum primum?....

Il retore di Sicca, fattosi — secondo l'attendibile notizia di S. Gerolamo (1) — apologeta per essere accolto nella comunità cristiana, in questo suo capitolo dell' opera scritta a tale scopo, prende a rispondere ai Gentili che rimproveravano ai Cristiani una estrema ignoranza e della grammatica e della letteratura e della logica e del diritto, opponendo che se i Cristiani cotali cose ignoravano che tutti sanno, altre e migliori e più importanti ne conoscono e più atte alla disciplina dello spirito e del viver civile.

---

(1) Cfr. M. Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur*, III^2, § 749, p. 440.

Pietro Gordani in una sua lettera, datata da Bologna novembre 1813, preso in esame il testo di Arnobio, scrisse fra altro (1): « Il difensore dei Cristiani per significare con esempio » particolare l'ignoranza loro dice, che non hanno impresso » nella memoria il Marsia di Pomponio, nè l'Arco di Lucilio. » Qui si vorrebbe sapere che è questo Marsia? che è questo » Arco Luciliano? Il buon Herault (con sincerità di rarissimo » esempio fra' commentatori (2)) confessa non aver niente da » dire. Qui mi sono invogliato di gettarmi alle congetture. » Sarà assurdo il pensare che il Fornice Luciliano e il Marsia » di Pomponio erano due libri elementari, *uno di regole forensi* » *composte dal giureconsulto Sesto Pomponio e intitolato il* » *Marsia*, l'altro di regole grammaticali, da non so chi scritto, » col titolo di Arco di Lucilio?... La materia loro è abbastanza » indicata nel testo di Arnobio: costituzioni di liti, generi di » cause, generi di parlari, differenza tra il genere e la specie, » tra l'opposto e il contrario, regole per evitare le parole barbare » e i solecismi, per piegare nomi e verbi secondo i casi e i » tempi, per distinguere un parlare composto e pulito da un » disordinate e sordido ».

« Il legista Pomponio fiorì sotto Alessandro Severo, altri » vogliono sotto Adriano; in qualunque modo assai tempo » innanzi ad Arnobio. Al suo libro di regole forensi avrà posto » il titolo di Marsia che è come dire il Fòro, secondo la consue- » tudine del parlar comune; della quale si trova antico testi- » monio anche in Orazio... Non sollicitus mihi quod cras sur- » gendum sit mane, obeundus Marsya. E la ragione è notissima » anche ai mediocremente eruditi; perchè nel Fòro di Roma,

(1) Cfr. *Opere di Pietro Giordani IX* (Scritti editi e postumi pubblicati da A. Gussalli, v. II), pag. 283-284, Milano, Borroni e Scotti, 1856.

(2) Infatti: De his argumentis quod dicam certum et liquidum habeo nihil. Desiderii Heraldi, *Animadversiones et castigationes ad Arnobii libros* VII, p. 67 in Arnobii Afri adversus gentes, l. VII, cum recensione viri celeberrimi et integris omnium commentariis, Lugduni Batavorum I. Maire, 1651.

» in faccia ai rostri, era una statua di Marsia: e appresso a » quella il tribunale delle civili. Intorno alla statua si radunavano i piatitori aspettando le udienze; alla statua imponevano corone gli avvocati che vincevano; perciocchè Marsia » era come il santo patrono della eloquenza, essendo usanza » che i dicitori temperassero e sostenessero la voce mediante » il flauto, per lo quale trucidato Marsia dura famoso ».

Questa ipotesi comunicò il Giordani al marchese Massimiliano Angelelli; e non ne ebbe approvazione, perchè l'erudito traduttore di Sofocle mal si acconciava a pensare che Arnobio con il Marsyas e il Fornix indicasse due libri (1).

Che il Giordani avesse molto a cuore la sua congettura, dimostrasi da un' altra lettera scritta, assai tempo dopo (il 15 settembre 1832 da Parma), ad Antonio Gussalli, nella quale richiede l'amico di cercare in Brera l'Arnobio dato dall' Orelli di Zurigo per averne il commento al testo: chè di spiegazioni gli pareva « d' averne trovato una assai buona » (2).

---

(1) Cfr. GIORDANI, *Op.* vol. cit., pag. 286; in nota è riportata la lettera dell'ANGELELLI in data 10 novembre 1813.

(2) Cfr. *Opere di P. Giordani*, vol. VI, pag. 193-194 (Epistolario edito per A. GUSSALLI, v. VI), Borroni e Scotti, Milano 1854. Ecco la lettera: Domandategli (i. e all'Ambrosoli) poi se hanno in Brera l'Arnobio dato dall'Orelli di Zurigo. Se vi dice di no, tutto è finito. Se risponde di sì, pregatelo allora per la sua bontà, di guardare che annotazione e spiegazione faccia o commento a queste parole, che sono quasi al principio del secondo libro — quia Fornicem Lucilianum et Marsyam Pomponii memoria continetis —. E allora il mio buon GUSSALLI abbia la pazienza di farsi mostrare in biblioteca dall'amico Ambrosoli il libro, e copiarne tutto quello che a spiegazione di questo passo dice l'Orelli e poi mandarmelo. S'intende che questo si farà senza nessuna premura; e quando ci avrete ozio e voglia. Se ora per le vacanze fosse chiusa la biblioteca vi prego di avvisarmene, di conservare questa mia, e di ricordarvene sul principio di Novembre, e allora colla vostra venuta mi porterete il servizio fatto. Sono diciannove anni che io pensai a schiarire quest'oscuro passo, sul quale niente dicono i commentatori, anzi il buon Eraldo (1651) dice espressamente che non ci trova spiegazione. *A me parve d'averne trovato una assai buona.* E considerando poi tutto il contesto, mi venne in mente un lungo discorso; come sapete che soglio far io, di prendere per lo più da un niente l'occasione a molte chiacchiere; come quelle comete che hanno un qualche minuto di nucleo e dei gradi di coda. Poi al mio solito, piantai lì tutto; che non ho pazienza a fermarmi

Il Giordani pensava dunque che il Marsyas Pomponii arnobiano celasse un libro del giurista Pomponio ; libro di regole elementari, largamente diffuso e notissimo, onde, anche per questo verso, era legittima l'accusa d'ignoranza ai Cristiani.

Che il Fornix Lucilianus e il Marsyas Pomponii sian due libri è anche nell' ipotesi dell' Orelli (1). Secondo queste eruditissimo 'Fornix videtur fuisse titulus incerti Lucilianarum satyrarum libri obscoeni, ut videtur, argumenti' (fornix = lupanar), pure il Marsyas sarebbe titolo di un poema impudico (2), o di L. Pomponius, l'autore di Atellane, o di P. Pomponius Secundus, il tragico de' tempi di Caligola e Claudio. Poichè l'Orelli pensa che non possa attribuirsi a un epigrammatista Pomponius, in quanto contro lo Scaligero, in Varr. *De l. l.* VI. 86 legge Papinius invece di Pomponius ; poichè P. Pomponio Secondo fu, dalle notizie concordi di Plinio N. H. 13. 83 e di Tacito Dial. 13, cittadino di gravi e specchiati costumi, egli propende ad attribuirlo al rude e scapestrato scrittor di Atellane. Nulla trovo nel TEUFFEL e nello SCHANZ che faccia al proposito. Argomenti apodittici per la ipotesi dell' Orelli non ne vedo, a meno che tale non sia : fornix = lupanar e

---

sopra una cosa. Ora che qui non si può aver nulla di quello che il mondo va producendo, bisogna per forza gettarsi alle anticaglie ; e anche di queste si è male provvisti ; e quello che non ci è, non si ha mezzi per provvederlo. Questa biblioteca non ha l'Arnobio di Orelli e non lo avrà mai. Però mi è stato necessario di ricorrere a voi e all'Ambrosoli. La libreria di Brera è copiosa. Potrebbe però darsi che questo Arnobio di recente edizione le mancasse. Ma allora potrebbe anche accadere che l'Ambrosoli come erudito vero facesse vergognare il Robustiano della mancanza di un santo Padre di buona edizione ; poichè le vecchie non valgono niente ; e se ci è scrittore ecclesiastico che abbisognasse di un commento dottissimo che schiarisse i molti oscuri cenni di antichità che si trovano è appunto l'Arnobio.

(1) ARNOBII AFRI, *Disputationum adversus Gentes* l. VII. Recognovit notis priorum interpretum selectis aliorumque et suis illustravit, I. C. ORELLIUS, 1816, Lipsiae sumtibus F. CH. G. VOGELII, 2 tomi in 8.

(2) Videtur enim tractasse de nocturnis stupris et variis generibus libidinum quibus infamis fuit statua Marsyae dei in celeberrima fori parte ubi causae agebantur. Così l'Orelli.

quindi il riferimento a libri obscoeni. Argomenti per attribuire il Marsyas a M. Pomponius Marcellus 'sermonis latini exactor molestissimus' ed avvocato (SUET. *de gramm.* 22), o a M. Pomponius Bassulus, comico e traduttor di Menandro, non se ne hanno. Congetture contro congetture, dunque.

Tuttavia, senza invadere il campo letterario, penso che, per quanto ingegnosa e ben colorita, l' ipotesi del Giordani non merita maggiore fortuna che quella di ricordarla ai romanisti, a titolo di curiosità.

A parte la mancanza di qualsiasi accenno nella tradizione giuridica (dovrebbe nientemeno essersi chiamato Marsyas il liber singularis enchirydii?), a parte la inversimiglianza che ad opere di giuristi, sia pure elementari e diffuse, si dessero denominazioni che poteano essere dispregiative — se la statua di Marsia era incoronata dagli avvocati vittoriosi nelle lotte del fòro, pur solevano lì presso convenire le cortigiane in cerca di avventure (1) — quell' unica ragione che il Giordani, direi inconsapevolmente, ha addotto per la sua ipotesi non ha peso. Infatti, per lui, la materia dei due libri è abbastanza indicata nel testo di Arnobio ; ed è indubbio che se il periodo 'quia quae sint in litibus etc.' si riferisse al contenuto del Marsyas, dovrebbe pensarsi che il libro avesse contenuto giuridico e procedurale. Ma basta un' attenta lettura del testo per veder chiaro che si rinfaccia ai Cristiani la ignoranza di svariate cose e materie, distinguendo ogni caso con un 'quia'. Così si rimprovera ai Cristiani che non sappiano la grammatica (quia per casus-nomina), che non sappiano scrivere e parlar bene (quia voces-vitare ; quia numerosum-scire), che non sappiano

(1) Anche Giulia, figlia di Augusto, SENECA, *De beneficiis* VI, 32 : perreratam nocturnis commessationibus civitatem, forum ipsum ac rostra, ex quibus pater legem de adulteriis tulerat, filiae in stupra placuisse ; cotidianum ad Marsyam concursum, cum ex adultera in quaestuariam versa, ius omnis licentiae sub ignoto adultero peteret. Sulla statua di Marsia, cito a caso, vedi : SERV. *in Aen.* IV, 28 ; PLIN. *N. H.* XXI, 3 ; HORAT *Sat.* I, 60, 120 ; IUVEN. *Sat.* IX, I ; MARTIAL. II, 64, I.

a memoria libri di moda diffusissimi e noti a tutti (quia Fornicem-continetis), che, infine, non sappian nulla di diritto, di procedura, di retorica (quia quae sint etc.). Sono insomma tanti singoli capi di accusa d'ignoranza ed ognuna delle proposizioni ha un suo contenuto proprio e diverso che non ha riferimento con le altre nè può quindi illuminarle.

Giovanni Bortolucci.

AESTIMATUM

BY

W. W. BUCKLAND

PROFESSOR IN CAMBRIDGE-UNIVERSITY

AESTIMATUM

In a study of any institution it is commonly well to begin with a definition or description of the phenomenon studied. But the following pages will perhaps explain why, in the present case, this course has not been followed.

The story of the innominate contracts as a group and in detail is full of puzzles. The history of their evolution has been completely recast in recent years and is still matter of acute controversy. Of *Permutatio* it is doubtful whether we know much of the classical view of the matter. Of *Precarium* it has been said that it is an enigma (see the references in Bertolini, *Obbligazioni*, Parte speciale, p. 420). Indeed it hard to see any reason for its regular appearance in the lists except the fact that Justinian gave an *actio praescriptis verbis*. It is lacking in the essential quality of innominate contracts, mutuality of service. On the other hand Thaller tells us (*Mél. Appleton*, p. 645) that « ce qui ne tient plus de l'énigme, c'est la convention d'*Aestimatum* » and yet the story told in the comparatively small number of texts which deal with or are supposed to deal with it is of such a conflicting character that this institution would seem to be as enigmatic as any of the others. These texts appear to be : P. Sent. 2, 4. 4 ; Inst. J. 4. 6. 28 ; D. 12.1.4. pr.; h. t. 11. pr.; D. 14. 4. 5. 18 ; D. 17. 2. 44 ; h. t. 52. 7 ; D. 19. 3. 1 and 2 ; D. 19. 5. 13. pr. ; h. t. 17. 1. When these are severally examined it becomes possible to think that some of the difficulty is caused by applying to this convention certain texts which have nothing to do with it, and by treating the history of *Aestimatum* as a part of the history of Innomi-

nate contracts, whereas this institution seems to have had a distinct and much earlier evolution, and to be in strictness not an innominate contract at all.

Ulpian who is our chief authority and who tells us of the *actio de aestimato*, says of this transaction that is doubtful under which of two contracts it should come *utrum ex vendito... an ex locato* — and that this action was introduced *tollendae dubitationis gratia* (D. 19. 3. 1. pr.). The later part of the text may well be an interpolation, but that does not affect these propositions. Yet, in another text, dealing with what is commonly held to be the same kind of case, he says that it does not come under certain contracts which he enumerates (*mandatum, societas*, D. 19. 5. 13. pr.) and lays it down that an *actio in factum* lies, apparently knowing nothing of the *actio de aestimato*. In one text he tells us that the risk is on the receiver (D. 19. 3. 1. 1). In another he says what may mean that the risk is on the principal (D. 12. 1. 11. pr.); in another that it is on the party who initiated the transaction (D. 19. 5. 17.1), and the same doctrine is stated by Paul in his *Sententiae* (P. 2. 4. 4) which, whether in their original form or no, are independent of Tribonian. If there was doubt as to which was the initiator, Ulpian makes the receiver liable for *culpa*, which puts the risk on the principal (D. 19. 5. 17. 1). In one text Ulpian tells us, giving reasons, that such a transaction is not *societas* (D. 19. 5. 13. pr.). In another he tells us that if it was entered on, *animo societatis*, it is *societas* (D. 17. 2. 44). All these discrepancies can be readily disposed of by assuming free interpolation, and interpolations there have certainly been. But the interpolations that can be reasonably considered as proved hardly go beyond a reference to the *actio praescriptis verbis* (D. 19. 3. 1) and it is a far cry from a hasty and characteristic insertion of this sort, to the acceptance of wholly unproved interpolations which would sweep the whole institution out of the classical law. It seems at least as probable that the true inference is that more than one state of facts is contemplated in these texts.

A transaction in which property is handed over for sale at a fixed price, at which those articles must be accounted for which are not returned may assume many shapes and contain many different detailed terms. It may be *societas*, or sale or mandate, and all these would equally well come within the scope of the expression « *rem vendendam accipere* (*dare*) » which appears in so many of the texts (D. 12. 1. 4. pr.; h. t. 11. pr.; D. 14. 4. 5. 18; D. 17. 2. 44; D. 19. 5. 13. pr.) In some of the cases it seems quite clear that we are not dealing with *aestimatum* at all. In D. 12. 1. 4. pr. nothing whatever is said of *aestimatio* The thing is handed over to a man who wants to borrow in order that he may use as a loan the price he receives on sale of the thing. The risk is on him, a very rational decision, but one that has nothing to do with our question. In *h. t.* 11. pr. the same case is discussed in more detail and the point is brought out that it makes some difference whether or no there was a general purpose of selling apart from this proposed loan. All this has nothing to do with *aestimatum*. So too in D. 19. 5. 19. pr. nothing is said of *aestimatio*. Betti, indeed, (*Valore dommatico della categoria « contrahere »*, p. 32) inserts the word *aestimata*. There seems no justification for this. The facts are the same, but the point raised is different : it is the question what is to happen if he changes his mind and either does not sell the thing or, having sold it, does not adopt the price as a *mutuum*. The solution, whether classical or not does not concern us : the case has nothing to do with *aestimatum*.

But these *mutuum* texts are not the only ones to be eliminated. It will be assumed for the present that the *actio de aestimato*, whatever its character, was actually set out in the Edict (See Lenel, *Edictum Perpetuum* (2) pp. 290 sq. referring to the twice repeated *proponitur*, D. 19. 3. 1. pr.; Inst. 4. 6. 28 and also to the contrasting *competit* for *permutatio*). It is true that some of Lenel's observations are less convincing: in particular the acceptance of the *actio de astimato* as the earliest *actio praescriptis verbis*, and as appearing as a paradigm for all the

others. That it did in fact serve in later years as a suggestion for the *actio praescriptis verbis* is probable, but that is a very different matter. The view indeed ignores a very substantial distinction indicated clearly enough in the texts. It is one thing to provide in the Edict a *formula* for cases as to which it is uncertain under which of the recognised contracts they should be placed, and this is what happened in the matter of *aestimatum* (D. 19. 3. 1. pr.). It is quite another to provide a *formula*, even on the same lines, for facts as to which no one contends that they come under any existing contract and this is what the *actio praescriptis verbis* does. It is true that BESELER (*Beiträge*, 2. 161; 4. 135) considers the whole of the last mentioned text, the main basis of the view here expressed, to be compiler's work and he adds, in words that express precisely the false preconception above indicated, that the *actio aestimatoria* is «wie iede actio praescriptis verbis nicht nur dem Edikte sondern ueberhaupt dem klassischen Rechte fremd». To the apparently sound criticism of MEYLAN (*Origine et nature de l'actio praescriptis verbis*, p. 102), that this is essentially a *petitio principii*, he replies that this is to assume that one who expresses a view without giving a reason has no reason to give, and that one who had read his remarks carefully would have seen the reasons. The present writer has presumably not been careful or acute enough, for he has not found them in the passage to which MEYLAN refers (BESELER, *Beiträge*, 2, 160) and what appears in *Beiträge* 4. 135 is evidence of clumsy latinity, which is indeed sufficient for BESELER, but to most people seems quite inadequate. And there is no reference to what seems the significant fact that the book of *Ulpiani ad Edictum* from which this passage purports to be taken is precisely that in which he discusses sale and hire, the contracts referred to in the passage, and nothing else, except just this case of *aestimatum*. It may be added that D. 17. 2. 52. 7 discussed by both BESELER and MEYLAN has not even externally any relation to *aestimatum*.

Another point which seems to be basic is that, as appears from the name of the action, the essential point in the transaction is the *aestimatio*. *Aestimatum* is not a notion confined to this relation. The case of *dos aestimata* and the effect of the *aestimatio* on the risks is well known (GIRARD, *Manuel*, (7) p. 1007). (See also, for a list of the recorded cases of *aestimatio*, IHERING, *Œuvres choisies*, pp. 271 sq.) In D. 19. 2. 3 where the *conductor praedii* takes the *instrumentum* at a valuation, the effect is the same : the risk is on him. As in *dos*, it is essentially a sale. So too in *commodatum*, where the thing is taken over *aestimatam*, the same notion is applied (D. 13. 6. 5. 3) and it is to be noted that here it can be thought of as a sale only in so far as to make this notion applicable, for, in the ordinary course of things, the subject matter will be returned. In *societas* we have the same principle applied with a slight modification due to the *fraternitas* involved in *societas* (D. 17. 2. 52. 3, *quamvis aestimata*). In strict conformity with this principle, ULPIAN tells us in his discussion of the present relation, « aestimatio autem periculum facit eius qui accepit, aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit » (D. 19. 3. 1. 1). These considerations entitle us to rule out all texts in which there is no *aestimatio*. Here it is to be observed that to receive a thing with authority to sell it at a certain price and instructions to bring it back if that price cannot be got, is not in itself a case of this *negotium* at all. In general, for instance, any mandate for sale will have such a limit of price. But a mandatary who was asked to drive a cow to market and to sell it at not less than £ 20 and as much more as he could get would be surprised if he was told that if the cow died on the way by accident he would have to pay for it. Obviously the rules of the *actio de aestimato* would have no bearing on such a case. We can therefore eliminate as having nothing to do with our *negotium* : D. 19. 5. 13. pr. where though there is a minimum price there is no question of typical *aestimatum*, (It would be mandate but for his possible share

in the price obtained) : D. 17. 2. 44, where the facts are of exactly the same kind : there is no *aestimatum*. D. 14. 4. 5. 18, where there is even no stated limit of price.

This leaves us with P. Sent. 2. 4. 4 ; Inst. Just. 4. 6. 28 ; D. 19. 3, passim ; D. 19. 5. 17. 1. The first point that emerges from this elimination is that there is no real reason to doubt that the Edict « proposed » a special action in this case, the actio *de aestimato*, and that it was a *bonae fidei* proceeding. This is clearly stated by Ulpian in D. 19. 3. 1. pr. and Inst. Just. 4. 6. 28. It has however been maintained on a comparison of D. 19. 3. 1. pr. cit. with 19. 5. 13. pr. cit., that classical law knew only an *actio in factum* in our case (see e. g. de Francisci, Synallagma, 1. p. 94, cited and adopted by Partsch Z. S. S., 1914. p. 337, « wohl mit Recht ».) But if, as is above suggested, D. 19. 5. 13. pr. has nothing whatever to do with *aestimatum*, the argument drawn from this text falls to the ground. The argument is indeed an expression of the view above rejected that the *actio de aestimato* is to be regarded as the *actio praescriptis verbis*. That it belongs to a different sort of group of facts is what is here maintained. That it served as a suggestion is probable enough. It may be admitted that most if not all of the references to the *actio praescriptis verbis* are interpolated : it is fairly clear that all the allusions to this action in connexion with *aestimatum* are due to Justinian (Inst. 4. 6. 28 ; D. 19. 3. 1. pr. in f. ; D. 19. 5. 17. 1 in f.). This in no way justifies the view that the *actio de aestimato*, contrary to the affirmations in the texts, was an *actio in factum*. No doubt with the generalisation of the *actio praescriptis verbis* the *actio de aestimato* became unimportant and thus little is said of it.

An apparent conflict of Ulpian with himself (D. 19. 5. 13. pr. ; D. 17. 2. 44) hardly concerns us, for, on the view here taken, neither of the texts deals with *aestimatum*. In the first cited a certain transaction is said, for reasons given, not to be *societas*. In the other, one which looks much the same is said to be *societas* if the parties so intend. But while the facts of the two

cases, so far as they are stated, seem identical and thus to call for the same solution, and yet receive opposite ones, there is in fact no conflict. The proposition in 13. pr. cit. bases the view that it is not *societas* on the intent of the parties, inferred from the facts stated : all that 44 cit. says is that it is a matter of intent and if the parties so intend, which is a question of evidence, it may be *societas*. But interpolation is not to be excluded. But, with all these eliminations, there remain awkward questions in the matter of risks. Three texts deal with it in connexion with *aestimatum*. In one of them ULPIAN, in the *sedes materiae* (D. 19. 3. 1. 1), applying the regular rule as to the effect of delivery *aestimatum*, holds that the risk is on the receiver. In another, basing himself on LABEO and POMPONIUS, he puts it on whichever of them initiated the transaction (D. 19. 5. 17. 1), and Paul in the only text independent of JUSTINIAN says the same thing. DERNBURG (Pand. 2. Sect. 120, n. 8) thinks the latter the true rule, the other being a general statement of the effect of *aestimatio*, which ULPIAN in fact modified for the particular case, in words which the compilers have struck out. It is not easy to see why the compilers should have struck the words out and it is noticeable that both the texts of ULPIAN are from the same mass, the Sabinian, and that the simpler rule applying the strict rule of *aestimatio* is in the *sedes materiae*. It will be observed that the two texts which make the *periculum* turn on initiation are much alike in language and both deal with the case in connexion with *commodatum*, which is not one of the contracts with which the texts state *aestimatum* or the analogous cases dealt with, to have an affinity (sale, hire, mandate, *societas*, D. 19. 3. 1. pr. ; D. 19. 5. 13. pr.) They resemble also in that neither of them has any suggestion of the type of business which seems to be of the essence of *Aestimatum*, Troedelvertrag, i. e., the idea that the taker has a minimum price at which he is entitled to buy the goods, the intent being that the pedlar shall do the best he can for himself with them, the *aestimatio* being a sum for which he is to account for

them if he does not restore them. In these two cases there is merely the handing over of a thing, *aestimata*, to be sold and the price accounted for if it not returned, and it is not by any means clear that the *actio de aestimato* has any application. If indeed the transaction were of the normal type in which the pedlar or retailer takes the thing with a view to selling at a higher price than the *aestimatio* it would be absurd to make the question of risks depend on the answer to the question who made the first move in the matter. But it is very different where what has happened is that A has asked B to offer the thing to X or any other likely customer at a certain price. Here it is an ordinary mandate and the risk is naturally on the *mandator*. If however B approaches A and asks to be allowed to take the thing and offer it to some one he has in mind at a price agreed by A, there is no question of mandate. Here, as in all the recorded cases in which the taking the *rem aestimatam* carries the risks, he is taking it for his own purposes (*dos*, *colonus*, *commodatarius* and *aestimatum* seem to be the cases) and the ordinary rule that *aestimatio* carries the risks is of course applied. But it does not in the least follow that the action, or actions, in the minds of PAUL and ULPIAN when they wrote these passages was the *actio de aestimato*. The context in both cases suggests that it was not.

Let me add, by way of apology for the slightness of the present study, that pressure of other duties during 6 months absence from Europe has made it difficult to produce any thing at all, and only a strong desire to be among those who do honour to M. Cornil emboldens me to submit it.

W. W. BUCKLAND.

L'ORIGINE DU DÉCRET D'INTERDICTION DES PRODIGUES

PAR

PAUL COLLINET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

L'ORIGINE DU DÉCRET D'INTERDICTION DES PRODIGUES

La doctrine courante (1) admet que le prodigue, frappé d'incapacité par la loi des XII Tables, est toujours interdit et que son interdiction émane d'un décret du préteur. Elle admet également que le prodigue interdit a d'abord été celui qui disperse les *bona paterna avitaque* (Paul, *Sent.* 3, 4*a*, 7), qu'elle envisage comme les biens dont il a hérité *ab intestat*. Elle admet enfin que, dans la suite des temps, le prodigue toujours interdit fut soumis, tantôt à la curatelle légitime des agnats et des gentils, s'il est héritier *ab intestat*, tantôt à la curatelle dative, s'il est héritier testamentaire de son père. (Ulp. *Règl.*, 12, 2-3).

Nous voudrions tenter, dans cette très courte note dédiée à notre éminent collègue belge, M. Georges Cornil, de démontrer que le régime appliqué aux prodigues à l'époque ancienne n'était pas tel qu'on l'enseigne communément.

Le point de départ de notre opinion nous a été fourni par l'étude de M. De Visscher qu'on trouvera ci-après (2). Le romaniste gantois nous semble avoir pleinement raison lorsqu'il prouve que les deux institutions de la curatelle et de l'interdiction sont essentiellement différentes dans leur origine et dans leurs applications, la curatelle légitime frappant seule le prodigue héritier *ab intestat*, à l'exclusion de toute interdiction

(1) Citons simplement les *Manuels* de MM. P. F. Girard, 7e éd., Paris, 1924, pp. 235-236, et Edouard Cuq, Paris, 1917, p. 225 et le dernier traité paru, P. Bonfante, *Corso di Diritto romano*, t. I, Rome, 1925, p. 484.

(2) F. De Visscher, *La curatelle et l'interdiction des prodigues*, dans les *Mélanges Cornil*.

par le magistrat. Notre dessein très limité se bornera donc à essayer de fortifier les idées si neuves de notre collègue en recherchant quel a été le premier emploi de l'interdiction par le préteur.

I.

La portée originaire de l'institution dépend toute entière de l'interprétation à donner au texte connu des *Sentences* de PAUL *(Sent.* 3, 4*a*, 7*)* qui nous a conservé la formule du décret d'interdiction du préteur :

Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo : QUANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI AERE (1) COMMERCIOQUE INTERDICO.

L'opinion commune voit dans les *bona paterna avitaque* les biens hérités *ab intestat* des ancêtres paternels par opposition aux acquêts. Et comme ULPIEN (*Règl.* 12, 2-3) nous dit que le prodigue héritier *ex testamento parentis* échappe à la curatelle légitime, pour être soumis à la curatelle dative, elle conclut que le prodigue héritier *ab intestat* des biens de famille est à la fois frappé d'interdiction par le décret (en vertu du sens qu'elle donne au texte du décret) et soumis à la curatelle légitime (en vertu d'un argument à contrario tiré du passage d'ULPIEN).

Nous n'avons pas à montrer que cette opinion repose sur le postulat d'une coordination prétendue nécessaire entre les deux institutions de la curatelle légitime et de l'interdiction par le magistrat, quelle que soit l'opposition entre une

(1) On sait que les éditions courantes portent « *ea re* ». La leçon « aere » procède de celle du meilleur ms., le *Monac.* D. 2. CUJAS avait signalé l'intérêt de cette leçon (éd. Naples, t. I, col. 416) ; elle a été formellement adoptée par M. CH. APPLETON, d'abord dans la *Rev. gén. de droit*, 1893, p. 247, puis dans le *Testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, Paris, 1903, p. 111, n. 4, et par nous-même, *N. R. H.*, t. XXXIII, 1909, pp. 184-185 (les remarques de M. CH. APPLETON nous avaient alors échappé).

institution basée sur la loi et une institution honoraire fondée, d'après le passage même de PAUL, sur les *mores*. La dissociation des deux idées s'impose, bien au contraire, et c'est le grand mérite de M. De Visscher de l'avoir opérée.

Mais l'opinion la plus répandue repose aussi sur une interprétation des mots *bona paterna avitaque* qu'elle croit incontestable (1). Nous pensons, quant à nous, que ces mots décisifs doivent être compris autrement.

A notre sens, ils se rapportent à tout autre chose qu'à la masse des biens qui proviennent de l'hérédité *ab intestat* ; ils se rapportent aux biens hérités par testament du père ou de l'ancêtre paternel, *ex testamento parentis*, pour employer l'expression même des *Règles* d'ULPIEN, 12, 3 :

A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona ; his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullo modo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit.

On n'a pas remarqué, en effet, semble-t-il, qu'il existe une correspondance parfaite dans les termes entre les deux passages d'ULPIEN et de PAUL. Le mot *parens*, employé par ULPIEN désigne, d'une façon sûre, tout ascendant paternel, le père, le grand-père. La définition même du mot *parens* par GAIUS ne laisse aucun doute à cet égard (2). En conséquence, les *bona paterna avitaque* du passage de PAUL représentent

(1) Voyez en particulier l'article de H. KRUEGER, dans la *Zeitschrift* de Grünhut, t. XXXIX, 1912, pp. 344-351.

(2) *Dig.* 50, 16, *de V. S.*, 51 (GAIUS *libro vicensimo tertio ad edictum provinciale*): Appellatione ‚parentis', non tantum pater, sed etiam avus et proavus et deinceps omnes superiores continentur : [sed et mater et avia et proavia]. M. LENEL *Paling. iur. civ*, t. I, col. 232, n. 2 (sur GAIUS, nº 349), observe : « *v. Gai.* 2,158 : ut potius parentis bona veneant : *sed huic loco verba definitionis*, sed et mater, etc. *non conveniunt.* » La raison est sans doute que la finale est une interpolation.

les biens venus au prodigue par le testament de son père ou de son aïeul.

C'est donc seulement contre le citoyen qui dilapide les biens de cette origine que le préteur sévira. Celui qui a hérité de ses ancêtres *ab intestat* n'a pas à subir la sanction prétorienne de l'interdiction, et cela se comprend puisqu'il tombe sous la sanction de la loi des XII Tables, la mise en curatelle légitime des agnats ou des gentils. A l'inverse, on conçoit que le préteur ait été amené à intervenir judiciairement contre les prodigues qui dissipaient les biens hérités par testament, attendu que ces prodigues, d'après le texte formel d'Ulpien, ne recevaient aucun curateur légitime (1).

Au reste, l'intervention du préteur s'appuie, aux termes mêmes du passage de Paul, sur les *mores*, sur la coutume. C'est dire très nettement que la *lex*, la loi des XII Tables, avait laissé en dehors de ses prescriptions toute une catégorie de prodigues qui échappaient à la surveillance de leur famille, ou mieux de leur *gens*, et demeuraient libres de ruiner leurs enfants.

Il resterait à chercher d'où pouvait venir cette limitation volontaire de la *lex*. Une seule explication nous en semble possible : l'autorité du testament, conçu primitivement comme une arme de combat contre la puissance de la *gens*. Mais nous ne voulons pas insister sur cette idée importante que développe M. De Visscher.

II.

Une deuxième question se pose : de savoir quelle est la date d'apparition du système prétorien?

Les termes mêmes du décret parlent simplement d'interdire

---

(1) On pourrait objecter qu'Ulpien, *Règl.*, 12, 2, désigne par les mots *prodigus cui bonis interdictum est*, celui qui est en curatelle légitime et auquel, selon nous, ne s'applique pas le décret d'interdiction du préteur. L'objection est réfutée par M. De Visscher, dans son article cité.

au prodigue les actes qui rentrent dans l'*aes commerciumque*. Aucun texte n'indique comment fonctionne en pratique cette interdiction. A l'époque classique, elle aboutit à la mise du prodigue sous la surveillance d'un curateur nommé par le magistrat lui-même. Mais l'organisation de la curatelle dative exista-t-elle dès le moment où le décret a été imaginé par un préteur inconnu, ou bien la curatelle dative n'est-elle apparue que postérieurement ?

1° En acceptant la première hypothèse, qui conduit à la coexistence du décret et de la curatelle dative, on arriverait à trouver une date, pour l'origine du décret.

En effet, il paraît peu vraisemblable que les préteurs aient pu nommer des curateurs aux prodigues de leur propre initiative, *moribus*, antérieurement au VI^e^ siècle. D'une part, une loi a été nécessaire pour l'institution de la tutelle dative, la loi Atilia votée avant 568/186 (1). D'autre part, une loi a été nécessaire aussi pour l'institution de la curatelle dative des mineurs de XXV ans prodigues (coupables de *lascivia*), la loi Plaetoria, votée avant 562/192 ou 563/191 (2).

Si un vote du peuple a été regardé comme indispensable pour établir la curatelle dative des mineurs de XXV ans prodigues, c'est que la coutume n'admettait pas encore que le préteur eût le pouvoir de donner des curatelles à tous les prodigues en général. L'origine de l'interdiction par décret serait donc postérieure à la fois à la loi Plaetoria et à la loi Atilia. Peut-être aurait-elle été relativement proche encore de ses débuts quand, selon le récit de VALÈRE-MAXIME (3), le préteur frappa d'interdiction, en l'an 662/92, Fabius Maximus qui dissipait les biens dont son père l'avait institué héritier. Remarquons, en incidente, l'allusion de l'auteur à un prodigue

(1) GIRARD, *op. cit.*, p. 216.

(2) *Vita Marci*, chap. X, passage que nous interprétons dans le sens indiqué par KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, t. II , p. 308.

(3) VAL. MAX., III, 5, 2 : « ... Quem ergo nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit. »

institué héritier, allusion qui vient confirmer notre hypothèse sur le sens des *bona paterna avitaque* et sur la connexité à établir entre leur dissipation et l'interdiction.

2° Si la curatelle dative n'est apparue que postérieurement au décret d'interdiction, celui-ci pourrait avoir existé dès avant la seconde moitié du VI^e^ siècle. En ce cas, il y aurait eu une période durant laquelle l'interdiction eût produit des effets propres, et d'ailleurs inconnus, peut-être d'ordre moral seulement.

De toute façon le régime de l'interdiction daterait d'une époque plus récente qu'on ne le dit d'habitude et, quel que soit son âge, serait assez éloigné dans le temps du système archaïque des XII Tables (1). D'ailleurs, l'activité créatrice du préteur ne s'est exercée, dans tous les domaines, que de deux à trois siècles environ après les Décemvirs ; pourquoi aurait-elle été, par extraordinaire, si précipitée en matière de prodigalité?

PAUL COLLINET.

(1) M. IVO PFAFF, *Zur Geschichte der Prodigalitätserklärung*, Vienne, 1911, se prononce aussi (p. 17-19) en faveur de l'âge récent du décret d'interdiction (tel que Paul le rapporte), mais pour d'autres raisons, car il admet la doctrine générale sur le sens des mots *bona paterna avitaque*. Son originalité consiste à voir dans le texte de Valère-Maxime la première extension de l'interdiction au prodigue qui dissipe les biens acquis *ex testamento patris* (p. 19-21).

CAUTIONNEMENT MUTUEL ET SOLIDARITÉ

PAR

ED. CUQ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

MEMBRE DE L'INSTITUT

CAUTIONNEMENT MUTUEL ET SOLIDARITÉ.

Le cautionnement mutuel (*mutua fidejussio*, ἀλληλεγγύη) est mentionné deux fois seulement dans les recueils législatifs de Justinien : au *Digeste* (XLV, 2, 11 pr.), dans un extrait du livre XI des *Réponses* de PAPINIEN relatif à l'obligation corréale ; dans la *Novelle* 99, adressée par JUSTINIEN au préfet du prétoire d'Orient, Jean le Cappadocien, le 20 décembre 538.

Cette sorte de cautionnement, étrangère au droit grec classique, devait être très usitée dans l'Egypte romaine. Elle apparaît souvent dans les papyrus gréco-égyptiens de l'époque impériale, et même plus tôt sous les Ptolémées. L'exemple le plus ancien, à notre connaissance, est de l'an 132 avant notre ère. (P. GRENFELL, I, 18).

A l'époque antérieure, le cautionnement mutuel était d'un usage fréquent dans plusieurs contrées qui, sous JUSTINIEN, faisaient partie de l'empire romain, l'Osroëne et la Mésopotamie. De nombreux documents de l'époque néo-babylonienne en fournissent la preuve. On en trouve dès le VI^e^ siècle avant notre ère, au temps des derniers rois indigènes, Nabuchodonosor II, Neriglissor, Nabonide; puis sous les rois Perses Achéménides (1) : Cyrus qui conquit Babylone en 539, Cambyse (528-521), Darius I^er^ (525-486), Artaxerxes I^er^ (465). L'usage a dû se maintenir en Perse au temps des Arsacides (247 avant —226 après notre ère), car on en rencontre des applications à l'époque des Sâssânides, correspondant à la période de l'empire romain qui s'étend d'Alexandre Sévère à Justinien, et même au milieu du VII^e^ siècle (2).

---

(1) C. HUART, *La Perse antique*, 1925, p. 55.

(2) Cf. les textes cités par BARTHOLOMÆ, *Sitz. Bericht der Heidelberger Akad. d. Wiss., Phil. hist. Kl.*, 1922, XIII, 4, p. 45, d'après un fragment de littérature juridique conservé dans un manuscrit et signalé en 1896, sous le nom de « The social Code of the Parsis in Sassanian times ».

Il est vraisemblable que l'usage du cautionnement mutuel s'est répandu de la Mésopotamie en Egypte, alors que les relations entre les deux pays sont devenues plus étroites sous les dynasties fondées par deux lieutenants d'Alexandre, et qu'il a persisté sous Justinien dans les contrées où il était pratiqué depuis un temps immémorial.

Le cautionnement mutuel, considéré en soi, pourrait s'entendre du cas où plusieurs personnes se portent cautions d'un même débiteur, et en même temps cautions l'une de l'autre vis-à-vis du créancier. Il équivaudrait à un engagement solidaire des cautions : c'est le cas prévu par l'article 2021 de notre Code civil. Le débiteur n'ayant pas acquitté sa dette à l'échéance, le créancier pourrait, au cas où l'une des cautions serait devenue insolvable, demander le paiement intégral à l'autre. Mais à Rome, à l'époque classique, la solidarité entre cautions, n'était pas licite ; les cautions ne pouvaient pas renoncer au bénéfice de division introduit par le rescrit d'Hadrien (GAIUS, III, 121). Une constitution de Sévère et Caracalla de l'an 208 le déclare expressément : « Licet significes adjectum in obligatione ut singuli (fidejussores) in solidum tenerentur, tamen nihil res mutat conditionem juris et constitutionem » (*C. Just.*, VIII, 40, 3).

Le cautionnement mutuel dont il s'agit ici offre cette singularité qu'il a lieu entre codébiteurs. Ceux qui jouent le rôle de cautions sont les débiteurs eux-mêmes, et non des tiers. De nos jours, comme au temps des Romains, un créancier exige des cautions lorsqu'il n'a pas une entière confiance en la solvabilité de son débiteur. Telle ne peut être ici sa pensée, puisque les cautions se confondent avec les débiteurs. D'ailleurs la consultation, demandée à PAPINIEN et à laquelle il répond dans le fragment précité, montre que cette sorte de cautionnement était étrangère aux usages des Romains et que, pratiquée dans certaines provinces, sa validité et ses effets avaient soulevé des difficultés. PAPINIEN reconnaît qu'elle est valable, mais il ne dit pas quel avantage elle procure au créancier.

La question est depuis longtemps discutée et a donné lieu aux conjectures les plus variées. Nous nous abstiendrons de les reproduire ; on les trouvera exposées dans les *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, de M. COLLINET (1912, I, 124-144).

La solution de la difficulté est, croyons-nous, possible aujourd'hui. Elle a été préparée par l'étude des papyrus gréco-égyptiens. Nous espérons la compléter par celle des documents néo-babyloniens, provenant des provinces où le cautionnement mutuel fut usité, alors que sa fonction normale n'avait pas été modifiée au contact des coutumes helléniques. Ces documents nous permettront de déterminer l'utilité du cautionnement mutuel par rapport à la solidarité.

On pourrait, il est vrai, se demander si les coutumes de l'Osroëne et de la Mésopotamie étaient connues des juristes de l'entourage de Justinien. La *Novelle* 154, c. 1, écarte les doutes qu'on pourrait avoir sur ce point ; elle proscrit, sous des peines sévères, les unions incestueuses, autorisées par l'usage de ces provinces contrairement aux lois Romaines.

Nous aurons à rechercher si, dans la *Novelle* 99, Justinien a entendu consacrer purement et simplement la coutume de ces provinces, ou s'il l'a combinée dans une certaine mesure avec celle des provinces helléniques.

I.

Le cautionnement mutuel d'après les papyrus gréco-égyptiens.

Les papyrus gréco-égyptiens contiennent un grand nombre d'actes dans lesquels les codébiteurs se cautionnent les uns les autres. On peut suivre les applications de cette clause pendant plus de sept siècles. Ces papyrus ont été étudiés successivement en 1905, 1918, 1924, par MM. BORTOLUCCI (1),

(1) *Bullettino dell' Istituto di diritto Romano*, XVII, 265-316.

Samter (1), Angelo Segrè (2). Je ne referai pas après ces auteurs l'analyse de ces documents. Il me suffira de montrer comment la clause de cautionnement mutuel a été combinée avec celle de solidarité, seule connue des Grecs au temps de Démosthène (3), et comment elle a fini par se substituer à elle. Par la première, les codébiteurs se reconnaissent ἔγγυοι ἀλλήλων ou ἀλληλέγγυοι (4). Dans la seconde, l'acte spécifie que le créancier aura le droit d'exiger le paiement de l'un des codébiteurs ou de chacun d'eux, à son gré : ἡ δὲ πρᾶξις ἐστω ἐξ ἑνὸς καὶ ἑκάστου καὶ ἐξ οὗ ἐὰν αἱρῆται.

Pour comprendre le rôle du cautionnement mutuel, il faut le rapprocher du cautionnement simple. Il n'a en effet de raison d'être que dans les pays où le cautionnement a un caractère subsidiaire : tel était le cas chez les peuples de civilisation hellénique. La caution promettait le fait du débiteur : αὐτὸν ταῦτα ποιήσειν, αὐτὸν ἀποδώσειν, παραμενεῖν. Souvent elle promettait d'amener le débiteur au créancier le jour de l'échéance (5) : ἔγγυος εἰς παράστασιν.

Dans un acte de l'an 133 de notre ère, la caution promet que le débiteur comparaîtra quand le créancier le recherchera, sinon elle prendra la dette à sa charge : ὀμνύω... ἐγγυᾶσθαι... μονῆς καὶ ἐμφανείας, ὃν καὶ παραστήσωι ὁπότε ἐὰν ἐπιζητῆται. Ἐὰν δὲ μὴ παριστῶ, ἐγὼ ὁ αὐτὸς ἐγβιβάσω τὰ πρὸς [αὐτὸ]ν ἐπιζη[τούμ]ενα ἢ ἔνοχος εἴην τῷ ὅ[ρ]κωι. (BGU. 581 = Mitteis *Chrest.* 354).

Parfois la caution s'oblige à payer une peine en cas d'absence

---

(1) *Philologus*, XXIX, 414-436.

(2) *Ægyptus*, V, 44-64 ; 185-201.

(3) *Or.* 56, 45.

(4) Ce mot composé apparaît dans *B. G. U.*, 1001, 12, de l'an 56/55 avant notre ère.

(5) Au temps de Justinien, un fidéjusseur pouvait s'obliger à (*debitoris*) *personam intra certum tempus tradere, exhibere, repraesentare, aut certam quantitatem pecuniarum pro eo inferre.* C. Just., VIII, 40, 26.

du débiteur à l'échéance. Dans un acte des 27-31 mars 553, quatre habitants d'Aphroditô répondent de la personne du moine Enoch, et promettent au pagarque d'Antaiopolis de payer six sous d'or s'ils ne peuvent le présenter à toute réquisition : ὁμολογοῦμεν ἑκουσίως καὶ αὐθαιρέτως ... ἐγγυᾶσθαι καὶ ἀναδέχθαι τῇ ὑμῶν μεγαλοπρεπείᾳ μονῆς καὶ ἐμφανείας (P. Maspero, 67094).

Le créancier n'avait pas le droit de s'en prendre à la caution lorsqu'elle n'avait pas contrevenu à sa promesse. Dans un papyrus de l'an 462, une caution proteste contre son arrestation alors que le débiteur principal s'est présenté et n'a pas pris la fuite : τοῦ παρ' ἐμοῦ ἐ[ν]εγγυηθέντος ἱσταμένου καὶ μὴ δρασμῷ χρησαμένου (*Chrest.* 71).

La caution pouvait aussi s'obliger à payer en cas de décès du débiteur principal. D'après un acte de l'an 149 (P. Lond. II, n° 311 *Chrest.* 237), la dette d'une femme a été garantie par ses quatre fils qui se sont engagés à la payer, sur leur fortune personnelle, à défaut de leur mère, qu'elle soit présente, absente ou décédée : ἐὰν τε παρῇ ἢ ἀπῇ ἢ καὶ περιῇ. Chacun des fils souscrit l'engagement avec la mention : ἐγγυῶμαι καθὼς πρόκιται. Par cette clause, les cautions renoncent à se prévaloir du droit commun qui les autorise à refuser de payer lorsque le débiteur est présent au lieu du paiement ou décédé. Sous ce dernier rapport, le créancier obtient un nouvel avantage : il ne souffrira pas du retard causé par le règlement de la succession entre les héritiers. Cette particularité rappelle la disposition d'une loi romaine, la loi Furia : en cas de pluralité de *sponsores* ou de *fidepromissores*, la loi divisait la dette de plein droit entre les cautions vivantes à l'échéance (Gaius, III, 120, 121) ; mais la règle ne fut pas étendue aux fidéjusseurs, ni appliquée hors d'Italie.

Si maintenant au lieu d'une caution garantissant la dette d'autrui, on suppose que deux personnes, tenues d'une obligation commune, se sont cautionnées mutuellement, la conséquence sera la même : chacun des débiteurs est réputé

garantir au créancier que son codébiteur sera présent à l'échéance ; sinon, il paiera pour lui. De même en cas de décès de ce codébiteur. Le cautionnement mutuel confère au créancier le droit de demander le paiement de la dette entière au codébiteur présent ou vivant. Ce codébiteur est tenu partie en son nom personnel, partie à titre de caution.

La solidarité a un effet bien plus large. Le créancier a le droit de demander le paiement intégral à celui des codébiteurs qu'il lui plait de choisir, même si les autres sont présents et vivants. La solidarité est une garantie contre l'insolvabilité éventuelle d'un des codébiteurs. Le cautionnement mutuel a un tout autre objet : il facilite la prompte exécution de l'obligation contractée par plusieurs personnes. Il prémunit le créancier contre un retard résultant de l'absence ou du décès d'un des codébiteurs. Il donne au créancier le droit de demander le paiement de toute la dette à celui des codébiteurs qui, à l'échéance, est sur place, ou bien au survivant sans avoir à mettre en cause les héritiers de celui qui est décédé.

Le cautionnement mutuel et la solidarité procurant des avantages différents, on conçoit qu'on ait eu la pensée d'en cumuler le bénéfice, en réunissant les deux clauses dans le même acte. Il y en a de nombreux exemples. Dans les papyrus du temps des Ptolémées et du début de la domination romaine, dans quelques actes des II^e^ et IV^e^ siècles, la clause de solidarité précède celle de cautionnement mutuel.

P. Reinach, 16 (du 15 février 109 avant notre ère). — Dionysios, fils de Kephalas, et sa mère Sarapias, empruntent à Dionysios, fils d'Apollonios, 166 1/3 artabes de blé au taux de 50 %. Si les emprunteurs ne remboursent pas, ou ne font pas comme il est écrit, ils paieront à Dionysios ou à ses ayants-cause pour prix de chaque artabe 3000 drachmes de cuivre et rien de moins. Les emprunteurs sont cautions mutuelles du prêt pour le tout et de l'exécution de toutes les clauses du contrat : ἔγγυοι ἀλλήλων τοῦ δανείου εἰς ἔκτεισιν καὶ τῶν κατὰ τὴν συγγραφὴν πάντ[ων]αὐτοὶ οἱ καὶ δεδανεισμένοι...

A cette première clause est jointe une seconde clause ainsi conçue : ἡ δὲ πρᾶξις ἔστω Διονυσίωι τοῦ δανείου ἐκ τε αὐτῶν Διονυσίου καὶ [Σα]ραπιάδος τῶν προγεγραμμένων καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ παρ' ἀμφοτέρων καὶ παρ' οὗ ἂν αὐτῶν νοῆται καὶ ἐκ τῶν ὑ[παρχούντων] αὐτοῖς [πάντων] καθάπερ ἐγ δίκης. Il y aura exécution parée en raison de ce prêt soit contre l'un d'eux, soit contre tous les deux, au choix du créancier, tant sur leurs personnes que sur la totalité de leurs biens, comme s'il y avait eu jugement.

On lit des clauses analogues dans GRENFELL, I, 18 de l'an 132 *a. C.* : AMHERST, 50 de l'an 106 ; *Tebtunis Papyri*, I, 109 de l'an 95 ; *Lond.* II, 336 de l'an 167 *p. C.*

Dans d'autres actes la clause de cautionnement mutuel suit celle de solidarité. BGU. 1149, de l'an 13 *a. C.* : καὶ ταύτης γείνεσθαι τὴν πρᾶξιν τῷ Γαίωι Ἰούλίωι Φιλίωι ἐκ τε αὐτῶν τῶν δύο ὄντων ἀλλήλ(εγγύων) εἰς ἔκ(τισιν), καὶ ἐξ ἑνὸς καὶ ἐξ ὁποτέρου οὗ ἐὰν αὐτῶν αἱρῆται καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῖς πάντων (l. 29-31).

Exemples analogues dans P. REINACH 8 de l'an 113 *a. C.* ; 26 de l'an 104 ; P. OXY. 729 de l'an 137 *p. C.* ; 506 de l'an 143 ; BGU. 1056 de l'an 161 ; *Lond.* III, 105 de l'an 42.

L'usage de juxtaposer les deux clauses aboutit à la longue à faire considérer l'ἀλληλεγγύη comme équivalente à la solidarité (1). On négligea les restrictions que comportait le cautionnement mutuel quant au droit de réclamer le paiement intégral à l'un des codébiteurs. L'expression ἐξ ἀλληλεγγύης fut employée par les notaires Egyptiens pour désigner la corréalité romaine. Les codébiteurs qui s'obligeaient κατὰ τὸ τῆς ἀλληλεγγύης δίκαιον (P. MASPERO, 67126) ou κατὰ τὸ δύο ῥέον (sic) προμιττέντων δίκαιον (P. Hamb. 23) étaient tenus de la même manière. Parfois cependant l'ἐγγύη est combinée avec l'ἀναδοχή : les cautions mutuelles sont ἐξ ἀλληλεγγύης καὶ ἀλληλαναδοχῆς (P. MASP. 67170, du 16 avril 564).

(1) JOUGUET, P. *Thead.*, 50, de l'an 324 : δίδομεν ... τῷ ἰδίῳ ἡμῶν κινδύνῳ σιτολόγους ... ἐξ ἀλληλεγγύης ὄντας ὑπόρους καὶ ἐπιτηδίους.

En somme le cautionnement mutuel n'a pas conservé en Egypte une existence indépendante. Il a perdu assez tôt son caractère de garantie contre les retards provenant de l'absence ou du décès de l'un des codébiteurs ; il s'est confondu avec la solidarité. Mais, dans l'intervalle, l'usage si répandu en Egypte du cautionnement mutuel entre codébiteurs, ne pouvait manquer d'attirer l'attention de la jurisprudence : a-t-il été consacré par le droit Romain? Confère-t-il au créancier le droit d'agir pour le tout contre l'une des cautions mutuelles? Est-ce un mode de formation de la corréalité?

Ces questions ont été, à la fin du II^e^ ou au début du III^e^ siècle soumises à PAPINIEN qui les a résolues dans un texte célèbre, le seul de l'époque classique qui s'occupe du cautionnement mutuel (*Dig.* XLV, 2, 11 pr.).

PAPINIEN admet la validité du cautionnement mutuel entre codébiteurs : « Rei promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit ».

Il reconnaît implicitement que le cautionnement mutuel confère au créancier le droit d'exiger de l'un des codébiteurs le paiement de toute la dette, car à son avis, la division est facultative comme pour l'obligation corréale : « Reus itaque stipulandi actionem suam dividere ... poterit ... non secus ac si duos promittendi reos conveniret ».

PAPINIEN distingue le cautionnement mutuel entre codébiteurs et le cautionnement de la dette d'autrui en ce qu'il refuse aux cautions mutuelles le bénéfice de division accordé par Hadrien aux cautions solvables : « Actionem suam dividere si velit, neque enim dividere cogendus est... »

PAPINIEN distingue enfin le cautionnement mutuel de la corréalité quant au procédé à suivre pour exiger de chacun des débiteurs une part de la dette. En cas d'obligation corréale, le créancier divise l'action résultant du contrat et l'exerce séparément contre chacun des débiteurs *(divisis actionibus convenire)*. En cas de cautionnement mutuel des codébiteurs, le créancier agit contre chacun d'eux, partie en vertu du

contrat, partie en vertu de la fidéjussion : « Poterit eumdem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero extitit, in partes convenire ».

Le cautionnement mutuel des codébiteurs participe ainsi à la nature du cautionnement et à celle de la corréalité, sans être à tous égards aux yeux des classiques, ni un véritable cautionnement, ni une source de la corréalité.

Quel parti a pris Justinien sur la question? La *Novelle* 99 περὶ ἀλληλεγγύων nous le fera savoir. Mais pour comprendre les dispositions qu'elle contient, il faut rechercher au préalable si, dans certaines provinces, ou dans les régions voisines, le cautionnement mutuel avait un caractère différent de celui qu'il avait en Egypte à l'époque de Justinien.

II.

Le cautionnement mutuel d'après les tablettes néo-babyloniennes.

La notion du cautionnement chez les Babyloniens diffère de celle du droit romain classique. L'engagement de la caution n'a pas pour objet direct le paiement de la dette d'autrui. La caution ne s'oblige pas à côté du débiteur principal *(ad-promissio)* ; elle ne s'engage pas à payer la même chose *(idem)*, en laissant au créancier le droit de demander le paiement à l'un ou à l'autre. Elle promet simplement le fait d'autrui, le fait du débiteur.

Lorsque la dette est quérable, la caution s'engage « pour le pied » du débiteur *(ina šêpi)*. Elle garantit sa présence au lieu du paiement, à l'échéance. Lors au contraire que la dette est portable, la caution promet d'amener *(ubbak)* le débiteur et de le livrer *(inamdin)* au créancier (NABUCHODONOSOR, 86) (1).

(1) Ce texte et les suivants, désignés par le nom d'un roi de Babylone, sont cités, sauf indication contraire, d'après le recueil de STRASSMAIER, *Babylonische Texte*, I-XII, 1889-1892.

L'engagement de la caution s'applique ici au cas même où le débiteur serait présent au lieu du paiement, mais se cacherait pour se soustraire à la poursuite du créancier.

Dans l'un et l'autre cas, la caution qui ne tient pas sa promesse encourt une responsabilité. Lorsqu'elle s'est obligée « pour le pied » du débiteur, la sanction consiste à payer à titre de peine une somme d'argent (NABUCHODONOSOR, 83 : six mines) ou une quantité déterminée (CYRUS, 147 : vingt cinq gur de dattes). Lors au contraire qu'elle a promis d'amener le débiteur, elle n'est pas libérée tant que le débiteur n'a pas payé. A défaut du débiteur, elle est tenue de payer à sa place (NABUCHODONOSOR, 86 ; DARIUS, *Rev. d'Assyriologie*, 1915, XII, 98).

Ces deux sortes de cautionnement de la dette d'autrui se sont peu à peu rapprochées : dans un acte du règne de Cyrus (1), la caution promet que le débiteur sera présent à l'échéance, et pour le cas où il devrait s'absenter avant d'avoir achevé la livraison de la marchandise, elle promet de livrer le reste. C'est un engagement analogue à celui du *fidejussor indemnitatis* chez les Romains (2).

Il y a enfin une troisième sorte de cautionnement : c'est celle qui est le plus usitée. La caution promet que le débiteur paiera : *put itir naši* (3), sinon elle acquittera elle-même la dette. Ici encore elle promet le fait d'autrui, et se porte fort de son accomplissement. Comme en droit moderne, elle garantit la solvabilité du débiteur. En est-il de même en cas de cautionnement mutuel ?

Dans les contrats où il y a pluralité de débiteurs, on rencontre fréquemment la clause : « ils sont garants l'un de l'autre », *ištin put šani našu*. Littéralement : l'un pour l'autre (est)

(1) KOHLER-PEISER, *Aus dem Babylonischen Rechtsleben*, 1890-1898, IV, 57.

(2) Cf. EDOUARD CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 648, n. 1 et 2.

(3) PEISER, *Babylonische Verträge*, 84.

garant. Cette clause est ordinairement suivie de ces trois mots : *ša qirib iṭir*. Quel avantage une pareille clause procurait-elle au créancier ?

La question a jusqu'à ces derniers temps fort embarrassé les assyriologues et les juristes. Dans son livre sur le cautionnement babylono-assyrien publié en 1911, M. KOSCHAKER a consacré plusieurs pages (84-103) à chercher l'explication des trois mots précités, sans arriver à un résultat satisfaisant. C'est seulement en 1917 que la difficulté a été résolue très simplement par un assyriologue français, HENRI POGNON, dans une brève note insérée au *Journal Asiatique*, p. 397-402.

Dans l'idéogramme placé entre *ša* et *iṭir*, on voyait généralement le substantif *kirib*, désignant l'objet d'un acte de complaisance, d'un prêt consenti à quelqu'un pour lui rendre service. HENRI POGNON a démontré que cette opinion est inadmissible. Un contrat écrit à Nippur en 423, 14 Addar de la 1re année (12e mois) du règne de DARIUS II, en est la preuve (1) : onze ouvriers ont, sur leur demande, reçu d'une personne 5825 gur de dattes, de la cuscute et le matériel nécessaire pour fabriquer une boisson fermentée appelée *šikaru*. Le texte ajoute : ils sont garants les uns des autres, *ša qirib šikar ana E.* » L'idéogramme placé après *ša* ne peut pas désigner l'objet de la dette qui est, sans aucun doute possible, la boisson fermentée; il doit être lu *qirib* et non *kirib*. C'est un verbe, et non un substantif. C'est, d'après HENRI POGNON, le permansif de *qarabu* qui signifie « être proche »; *ša qirib iṭir* veut dire : le plus rapproché (des garants) paiera. Dans l'espèce, le plus rapproché des onze ouvriers livrera la boisson fermentée à E.

A l'appui de cette interprétation, on a fait observer que le verbe *qarabu* a cette signification dans l'article 13 du Code de Hammurabi : « Cet homme, si ses témoins sont à proximité... »

(1) *The Babylonian Expedition* (Business documents of Murashû sons of Nippur dated in the reign of Darius II), 1904, X, 4.

Tel est aussi le sens de ce verbe dans un contrat du règne de NABUCHODONOSOR publié par le P. SCHEIL (*Revue d'Assyriologie*, XIV, 156) : le 21e jour du 9e mois (Kislev) de l'an 4, deux officiers royaux se portent garants de la présence *(pat šepi)* d'un fonctionnaire pendant la période de deux mois où le Préfet du Trésor relèvera son compte, du 1er Tebet (10e mois) jusqu'à la fin de Sabat (11e mois). L'acte ajoute (l. 9-10) : « Si le débiteur n'est pas à proximité, les cautions paieront au Trésor de Samas quinze mines d'argent ».

Voici maintenant quelques exemples de cautionnement mutuel.

NABUCHODONOSOR, 103. — Acte de la 14e année, 1er mois (Nisan), 13e jour. — Deux personnes promettent de payer au plus tard le 20e jour du 3e mois (Sivan) 1 mine et 5 sicles, prix d'un esclave qu'elles ont emmené ; sinon elles rendront l'esclave et paieront la valeur de ses services depuis le 1er Nisan. L'une pour l'autre est caution.

NABONIDE, 584. — Acte de la 12e année, 13 Nisan. — Irba-Marduk a une créance d'un tiers de mine et sept sicles d'argent sur N. et sa femme. L'un pour l'autre est garant.

CAMBYSE, 68. — Acte de la 1re année, 8e mois (Marchesvan), 2e jour. — L'esclave de I. a une créance de 2 mines d'argent sur B et sa femme. « L'un pour l'autre est garant ; le plus rapproché paiera ».

CAMBYSE, 81. — Acte de la 1re année, 9e mois (Kislev), 25e jour. — Deux frères se reconnaissent débiteurs de 12 mines ½ d'argent. Les intérêts au taux d'usage courront à dater du 1er Tebet (10e mois). La dette est payable au mois Douzou (4e mois), c'est-à-dire dans sept mois, ou huit s'il y a un mois intercalaire. Les débiteurs donnent en gage tous leurs biens en ville et à la campagne jusqu'à complet paiement du capital et des intérêts. L'un pour l'autre est caution ; le plus proche paiera.

CAMBYSE, 315. — Acte fait à Babylone, 6e année, 4e mois,

(1) Traduction rectifiée par POGNON, *Journal Asiatique*, 1921, p. 33-34.

21e jour. — Une mine et un tiers d'argent à 1/8 d'alliage (1), c'est la créance de Ilâniya... sur Iqisa... et (sur) Bau Ellil, sa femme... Leur esclave Taslimu est le gage de Ilâniya. Loyer pour la personne, ou intérêt pour l'argent, point ! Elle servira Ilâniya. Aucun autre créancier n'a pouvoir sur elle jusqu'à ce que Ilâniya ait recouvré en entier 1 mine 1/3 d'argent. Si Taslimu en autre lieu s'en va, ils devront payer six qa d'orge par jour, valeur de ses services. L'un pour l'autre est caution (1) : le plus proche paiera 1 mine et 1/3.

Artaxerxes, *Babyl. Exped.*, IX, 17.— Acte écrit à Nippur. 29e année, 21e jour d'Ab (5e mois) — Deux personnes empruntent 139 gur de dattes avec la clause : « l'un pour l'autre est caution ; le plus proche paiera ».

L'avantage que procure au créancier le cautionnement mutuel des codébiteurs apparaît nettement dans les textes précités : le créancier a le droit de demander le paiement de toute la dette à celui des codébiteurs qui, à l'échéance est le plus à sa portée. Le cautionnement mutuel établit entre les codébiteurs une solidarité dont l'effet est restreint au cas où l'un d'eux serait, à l'échéance, présent au lieu du paiement, les autres étant plus ou moins éloignés. Le seul trait commun au cautionnement mutuel et à la solidarité, c'est la faculté pour le créancier d'exiger directement de l'un des débiteurs le paiement total. En ce cas le cautionnement perd son caractère subsidiaire. Mais le cautionnement mutuel n'est pas, comme la solidarité, une garantie contre l'insolvabilité éventuelle des codébiteurs : c'est pour le créancier un moyen de se faire payer sans délai, lorsque ses débiteurs sont solvables. La meilleure preuve, c'est qu'un créancier prudent qui veut avoir le double avantage d'être payé promptement et sûrement, ne se contente pas du cautionnement mutuel de ses débiteurs : il exige en outre le cautionnement d'un tiers.

---

(1) Pognon traduit : ils sont solidaires (*Ibid.*, 1917, p. 399). Comme la plupart des assyriologues, Pognon confond le cautionnement mutuel avec la solidarité.

Naboxide, 314. — Acte de la 8e année, 12e mois (Addar), 22e jour. — N. a une créance de deux mines et un tiers de sicle d'argent sur Arad Gula et sa femme Damqâ. « Quatre esclaves, la brique de leur maison et toute chose en ville et aux champs (sont) gage. Aucun autre créancier n'y a droit avant que N. ait reçu 2 mines et 2 sicles *(sic)*. Au mois d'Aiar (2e mois), 2 mines et 1/3 de sicle d'argent, capital, ils paieront. L'un pour l'autre est caution. Bêl rimanni est caution pour 2 mines et 1/3 de sicle. »

La preuve que le cautionnement mutuel ne se confond pas avec la solidarité, et qu'il n'est pas une garantie contre l'insolvabilité, ressort avec plus d'évidence encore d'un acte du règne de Neriglissor (n° 66) : Sept individus, en tête desquels figure Ah-tab-si, s'obligent à livrer 7000 bottes d'oignons. L'acte ajoute : « les uns pour les autres sont garants. Pour la livraison des oignons, Ah-tab-si est caution ». Le créancier exige non seulement le cautionnement mutuel des sept codébiteurs, mais encore le cautionnement simple de l'un d'eux sans doute parce qu'il a plus de confiance en sa solvabilité. Rien ne prouve mieux que le cautionnement mutuel ne tend pas au même but que le simple cautionnement, et n'implique pas une véritable solidarité (1).

Un exemple analogue se trouve dans un acte du règne d'Artaxerxes Ier (BE. IX, 31) (2). Quatre personnes doivent 62 gur de dattes. « Les uns pour les autres (sont) garants du paiement : le plus proche paiera.». L'acte ajoute : pour les 62 gur de dattes, Bêl-Nadin est caution. Or Bêl-Nadin est le nom du premier des quatre codébiteurs.

Lorsque le créancier n'a pas une confiance particulière en la solvabilité de l'une des cautions mutuelles, il peut,

(1) Cf. *Revue d'Assyriologie*, XII, 100.

(2) Kotalla, *Beitr. zur Assyriologie*, IV, 162 ; Koschaker, *Bürgschaftsrecht*, p. 103, ont vainement cherché à expliquer ce texte et le suivant.

(3) *Business Documents of Murashû sons of Nippur*, dated in the reign of Artaxerxes I, 1898.

à défaut du cautionnement d'un tiers, exiger des sûretés réelles : tous leurs biens en ville et à la campagne (Cambyse, 81), leur maison (Cambyse, 68), leur servante (Nabonide, 584).

L'interprétation de la clause *ša qirib itir*, jointe au cautionnement mutuel, a été, depuis la note de Pognon, unanimement acceptée, sans qu'on ait toujours eu soin de lui en attribuer le mérite. Dans une étude récente sur la solidarité passive dans les textes babylono-assyriens, un assyriologue allemand se borne à dire dans un *Nachtrag* (1) : « l'opinion de Pognon ne s'écarte pas beaucoup de la mienne ». C'est l'inverse qu'il aurait dû dire : l'article de M. Landsberger est de 1923 ; celui de Pognon a paru en 1917. J'en ai moi-même signalé l'importance l'année suivante dans une étude sur *le cautionnement en Chaldée* à l'époque néo-babylonienne (2).

Cependant on n'a pas jusqu'ici tiré parti de la découverte de Pognon pour préciser la différence qui sépare le cautionnement mutuel de la solidarité. Non seulement on continue à les confondre, mais encore on a tenté récemment de faire remonter l'usage de la solidarité, sous une forme un peu différente, jusqu'au temps de Hammurabi, et même à une époque antérieure de plusieurs siècles : il y en aurait des exemples dans les tablettes Cappadociennes.

Il convient d'examiner de près les textes invoqués à l'appui. Est-il vrai que la confusion du cautionnement mutuel et de la solidarité, que nous avons constatée dans les papyrus gréco-égyptiens de basse époque, ait pareillement existé en Chaldée au temps de la première dynastie de Babylone ?

Il n'est pas contestable qu'on rencontre fréquemment dans cette période des exemples d'obligations contractées par plusieurs personnes agissant dans un intérêt commun. Ces personnes qui, le plus souvent, sont des parents ou des alliés empruntent ensemble du blé (Schorr (3), 46, 48, 60 ; Ung-

(1) *Zeitschrift für Assyriologie*, XXXV, 36.
(2) *Journal des Savants*, 1918, p. 176-184.
(3) *Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozessrechts*, 1913.

NAD (1), 173, 197, 231, 880, 881, 887, 893), de l'argent (UNGNAD, 206, 207, 227, 238, 851), des briques (SCHORR, 107), de la laine (SCHORR, 54 ; UNGNAD, 221, 222, 229). Mais rien n'indique que le créancier puisse demander à l'une d'elles, à son choix, le paiement de la dette entière. Cette modalité, qui caractérise l'obligation solidaire, n'apparaît, à notre connaissance, dans aucun texte. Les personnes, qui contractent ensemble, sont en principe des codébiteurs conjoints : la dette se divise entre eux en parts égales sauf convention contraire (SCHORR, 41*a* ; UNGNAD, 884).

Voici pourtant deux tablettes de Sippar qu'on présente ordinairement comme un des rares exemples d'obligation solidaire au temps de la première dynastie (CT. VI, 34*b*, IV, 6*a*) (2). Deux personnes, A et B, ont été chargées par C de lui acheter un animal. Pour en payer le prix, C leur a remis 2 sicles d'argent. L'achat n'ayant pas eu lieu, C agit contre A pour se faire rembourser son argent. A se reconnaît par écrit débiteur de sa part dans la somme reçue, soit un sicle. Quant au surplus, A déclare que B le paiera, sinon il s'engage à payer la somme entière, deux sicles. — D'après cette déclaration acceptée par le créancier, A se considère comme un codébiteur conjoint, tenu seulement de sa part dans la dette. Pour le reste, il se porte caution de son codébiteur.

La seconde tablette nous apprend la suite de l'affaire. Le créancier n'étant pas encore payé s'adresse à B, et lui soumet la reconnaissance de dette souscrite par A. B n'en conteste pas l'exactitude, et il répond au créancier : A s'est engagé à payer 2 sicles. Je te l'amènerai, et s'il ne te les rembourse pas, je te paierai la somme que nous devons en commun. — Ici encore, B se reconnaît codébiteur de la somme reçue, et se porte caution de A : il promet de l'amener au créancier. Les codébiteurs se portent respectivement garants de la partie de leur dette

(1) *Hammurabi's Gesetz*, vol. III et IV, 1909-1910.

(2) *Cuneiform Texts from Babylonian Tablets in the British Museum*, part. IV et VI, 1898.

qui n'est pas à leur charge. Ils ne s'obligent pas directement à la payer tout entière au gré du créancier (1).

M. KOSCHAKER a récemment cru trouver la formule jusqu'ici inconnue, dit-il, de la solidarité, dans deux contrats du règne de Rim-Sin, roi de Larsa au temps de HAMMURABI. Cette formule est rédigée en sumérien dans le premier acte, en accadien dans le second.

UNGNAD, VI, 1536. — 70 gur de blé, 1 sicle 5/6, 22 *še* d'argent, quatre fils de DAKKUM ont emprunté au dieu Samas et à Sin-lipis. Au mois Sivan (3e mois), ils mesureront le blé *l[ù sili]m-ma lù gi-n[a]*. L'acte est du 12e mois intercalaire de la 16e année de Rim-Sin (2). — La formule complète a été conservée dans d'autres tablettes : *Ki-lù silim-ma-ta lu-gi-na-ta šu-ba-ab-te-ga*, que M. KOSCHAKER traduit : « von einem heilen und wahren Manne wird er erhalten » (3).

Ibid. VI, 1549. — 1 mine d'argent, ... capital pour leur association, S et E ont emprunté à Sep-Sin. A la fin de leur voyage ils pèseront l'argent *iti šalmim ù kinim* = « beim heilen und wahren » (4).

Il y a d'autres exemples de cette formule dans des actes de la première dynastie de Babylone, antérieurement publiés : UNGNAD, 205 ; THUREAU-DANGIN, *Lettres et Contrats*, nos 82, 83 ; UNGNAD 154, 878, 1004.

La même formule légèrement modifiée se trouve dans des tablettes Cappadociennes (5) : *Kaspim iqqaqqad šalmišunu ù kenišunu raksat*. M. LANDSBERGER traduit : « das Geld ist an den Kopf des (materiell) unversehrt(er)en und ehrlich-

(1) Cf. EDOUARD CUQ, *Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés* (Mém. de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 1918, XLI, p. 244).

(2) *Vorderasiatische Schriftdenkmäler der staatlichen Museen zu Berlin*, 1914, XIII, 59.

(3) *Hammurabi's Gesetz*, 1923, VI, p. 45, 50.

(4) ELIHU GRANT, *Babylonian Business Documents of the Classical Period*, 1919, no 62.

(5) M. THUREAU-DANGIN a établi que la date de ces tablettes est d'un siècle antérieure à la fondation du premier empire Babylonien. *Revue d'Assyriologie*, 1911, VIII, 145. Elle se place vers 2300 avant notre ère.

(er)en von ihnen gebunden » (1). Mais le comparatif n'est pas exprimé dans le texte ; c'est une correction du traducteur.

Cette formule s'applique au cas où plusieurs personnes ont emprunté des choses qui se pèsent ou se mesurent, comme l'argent ou les briques. Elle spécifie que le prêteur recevra la quantité due d'un homme *šalmu* et *kinu*, c'est-à-dire de celui des débiteurs qui réunira ces deux conditions.

Le mot *šalmu* exprime la santé physique ; il désigne une personne bien portante, pleine de vie. *Kinu*, c'est une personne honnête ; dans l'espèce, un débiteur fidèle à sa parole, qui ne la conteste pas. Par cette clause, le créancier se réserve le droit de demander le paiement de la dette entière à celui des codébiteurs qui est vivant, ou qui ne conteste pas son obligation.

Dans un recueil de formules (série *ana ittišu*), on lit une clause analogue, spéciale au cas de survie de l'un des débiteurs : *itti balti kasapšu itaqqe*. C'est une clause semblable à celle que nous avons signalée dans un papyrus de l'an 149 de notre ère (*Chrest.* 237). Comme en Egypte, elle devait avoir pour but d'éviter un retard dans le paiement, retard qui serait causé par le décès d'un des codébiteurs.

La formule babylonienne exclut également le retard résultant d'un procès soulevé par un des codébiteurs sur l'existence de l'obligation.

L'interprétation, proposée par M. Landsberger d'accord avec M. Koschaker, est très différente : *šalmu* désignerait ici l'état d'une personne saine, non pas au point de vue physique, mais au point de vue financier. La formule viserait un débiteur solvable. Mais aucun texte n'est cité à l'appui de cette conjecture.

On a essayé de la justifier à l'aide d'un raisonnement. Dans quelques tablettes publiées par le P. Scheil (2) et qui ont trait

(1) *Zeitschrift für Assyriologie*, 1923, XXXV, 31.
(2) *Revue d'Assyriologie*, 1915, XIII, 131.

à des vœux faits par un malade à une divinité pour obtenir sa guérison, on lit la clause *ina baltu u šalmu*. Les mots *baltu* et *šalmu* sont en général équivalents et désignent une personne bien portante, en bon état de santé. Mais, dit M. LANDSBERGER, il est impossible qu'il n'y ait pas une différence entre ces deux mots lorsqu'ils sont juxtaposés, sans quoi l'antithèse ne se concevrait pas. Donc *šalmu*, c'est le débiteur solvable. La clause signifierait que l'auteur du vœu acquittera sa promesse lorsqu'il sera guéri et qu'il aura de quoi payer.

Je n'ai pas besoin de faire remarquer combien cette seconde réserve est peu vraisemblable : elle ne serait guère de nature à attirer au promettant la faveur du dieu et de ses prêtres. Si au contraire on conserve à *šalmu* son sens propre, les conditions de la promesse faite par le malade s'expliquent aisément : le malade s'engage à acquitter son vœu s'il est vivant et en bonne santé, c'est-à-dire si le dieu lui accorde la vie et la guérison (1). Parfois il est plus exigeant, il fixe la date à laquelle il voudrait être guéri : au premier mois il acquittera le vœu fait à Samas, 1/6 de *še* d'argent. L'acte est du 1er jour du 8e mois de la 5e année de Samsu iluna. Telle est l'interprétation du P. SCHEIL (2).

Il faut donc renoncer à voir dans la formule *šalmu, kinu* l'équivalent d'une clause de solidarité. Elle n'a pas pour but de fortifier le droit du créancier, en lui permettant de demander le paiement de la dette entière à celui des débiteurs qui lui paraît le plus solvable : elle l'autorise seulement, au cas où l'un des débiteurs est mort ou conteste la dette, à se faire payer par l'autre. Le créancier ne souffrira pas du retard causé, soit par la liquidation et le partage de la succession, soit par le jugement du procès.

---

(1) Voir d'autres textes analogues cités dans mon étude sur *Les nouveaux fragments du Code de Hammourabi*. Mém. Acad. des Inscriptions, t. XLI, p. 183.

(2) *Revue d'Assyriologie*, 1916, XIII, 130. Cf. Ungnad, VI, 1729.

En somme la solidarité ne paraît pas avoir été chez les Babyloniens une modalité des obligations. Lorsqu'une obligation était contractée en commun par plusieurs personnes, l'une des manières de conférer au créancier le droit de demander le paiement total à l'un des codébiteurs, était le cautionnement mutuel. Mais ce cautionnement ne le garantissait pas contre l'insolvabilité éventuelle de l'un des débiteurs. Il n'avait d'autre but que de faciliter la prompte exécution de l'obligation, en permettant au créancier de s'adresser à celui des codébiteurs qui était le plus à sa portée. Tel était le procédé usité à l'époque néo-babylonienne.

Au temps de la première dynastie de Babylone, les créanciers avaient une autre préoccupation : en cas de décès de l'un des codébiteurs ou de contestation de la créance par l'un d'eux, le créancier se réservait le droit d'exiger de l'autre le paiement de la dette entière. Pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité d'un des débiteurs à l'échéance, les modes appropriés étaient le cautionnement simple et le gage.

III.

Le cautionnement mutuel sous Justinien.

L'étude qui vient d'être faite des papyrus gréco-égyptiens et des tablettes néo-babyloniennes, prouve qu'à l'avènement de JUSTINIEN, le cautionnement mutuel entre codébiteurs avait un caractère différent suivant les provinces. Tandis qu'en Egypte, il était l'équivalent, sinon de la corréalité romaine, du moins de ce qu'on appelle aujourd'hui la solidarité, en Mésopotamie il n'avait avec elle qu'un trait commun : le droit de demander le paiement intégral à l'un des débiteurs. Il en différait par le but et les conditions d'application : ce n'était pas une garantie contre l'insolvabilité d'un débiteur, c'était pour le créancier un moyen de se faire payer sans délai, sans avoir à souffrir, lors de l'échéance, de l'éloignement d'un des codébiteurs.

En promulguant la *Novelle* 99, JUSTINIEN a voulu réagir contre la confusion qui s'était produite en Egypte entre le cautionnement mutuel et la solidarité. Il a entendu rétablir la distinction qui s'était effacée. Deux observations le démontrent :

1° JUSTINIEN refuse d'admettre que le cautionnement mutuel fasse naître la solidarité : il exige pour cela une convention expresse. La solidarité ne se présume pas. Il faut stipuler τό δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνέχεσθαι. Il en était de même anciennement dans l'usage gréco-égyptien, alors que la clause de solidarité accompagnait l'ἐγγύη εἰς ἔκτισιν.

A défaut de cette convention, l'obligation se divise de plein droit entre les codébiteurs qui se sont cautionnés mutuellement. La division est obligatoire et non facultative comme au temps de PAPINIEN : πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι. En quoi JUSTINIEN a affaibli le droit du créancier : il traite les cautions mutuelles comme les cautions de la dette d'autrui (1).

2° JUSTINIEN déclare que la *Novelle* 99 est le complément de la *Novelle* 4 sur le cautionnement (2). Celle-ci, antérieure de quatre ans, avait introduit une triple innovation dans l'intérêt respectif de la caution (bénéfice de discussion personnel), du créancier (droit d'agir contre la caution présente lorsque le débiteur principal est absent), des tiers détenteurs de biens hypothéqués pour sûreté de la dette (bénéfice de discussion réel). Elle eut pour but de remettre en vigueur une loi ancienne tombée en désuétude, en y introduisant quelque modification pour prévenir des difficultés souvent renouvelées, pour combler des lacunes que PAPINIEN avait le premier signalées. La loi avait omis de préciser les conditions sous lesquelles le créancier pourrait s'adresser à la caution en l'absence du débiteur. Suffisait-il de faire constater l'absence ?

(1) C. IV, 18, 3.

(2) Une constitution de 530 avait amélioré la situation du créancier en cas de pluralité de fidéjusseurs ou de *correi promittendi*, en décidant que la poursuite dirigée contre l'un ne libérerait pas les autres, tant que le créancier n'aurait pas reçu satisfaction. C. JUST., VIII, 40, 28.

ou bien la caution pouvait-elle demander au magistrat un délai pour amener le débiteur? C'est en ce dernier sens que se prononça JUSTINIEN. Il méconnut ainsi la raison qui avait fait établir la distinction entre présents et absents, et qu'il rappelle lui-même pour justifier le bénéfice de discussion personnel : il serait dur, dit-il, de renvoyer ailleurs le créancier, alors qu'il peut se faire payer sur place et de suite par la caution (*Nov.* 4, c. 1).

Quoiqu'il en soit, ces diverses innovations n'ont pas été appliquées purement et simplement aux débiteurs qui se sont cautionnés mutuellement avec clause de solidarité. Le créancier ne peut de prime abord exiger de l'un des codébiteurs le paiement de toute la dette : celui-ci mettra en cause les autres codébiteurs s'ils sont présents et solvables, et chacun paiera sa part. JUSTINIEN ne veut pas qu'une dette commune à plusieurs personnes devienne la charge exclusive de l'une d'elles. (*Nov.* 99, c. 1 pr.).

Pour faciliter la mise en cause des codébiteurs habitant la même localité que le créancier, JUSTINIEN prescrit au magistrat chargé de connaître de l'affaire, de convoquer tous les intéressés ; puis ce magistrat prononcera une condamnation commune en tenant compte de la solvabilité respective de ces codébiteurs (c. 1, 1).

Si l'une des cautions mutuelles est absente, il n'est plus question, comme dans la *Novelle* 4, d'autoriser le magistrat à accorder à celles qui sont présentes un délai pour amener l'absent (1). Les codébiteurs présents doivent payer pour lui, à charge par le créancier de leur céder ses actions (2). Il en est de même si l'un des codébiteurs est insolvable.

M. ANGELO SEGRÈ attribue à JUSTINIEN une autre innovation (3). Le cautionnement mutuel avec clause de solidarité

(1) Ὥστε αὐτὸν ἀχθέντα τῆς ἐν τῷ τέως ἐναγωγῆς ἀπαλλάξαι τοὺς ὑπὲρ αὐτοῦ διενοχλουμένους.

(2) Τὰς κατὰ τοῦ ἐγγυηθέντος ... παρὰ τοῦ δανείσαντος ἐκχωρούμενος ἀγωγάς.

(3) *Egypt.* V. 197.

ferait naître un droit de recours des codébiteurs entre eux, en qualité de mandataires les uns des autres. Il se fonde sur P. Hamb. 23, de l'an 569, qui qualifie les cautions mutuelles ἀλληλαμανδάτορες. J'ai des doutes sur l'exactitude de cette manière de voir; je ne crois pas qu'il y ait rien à conclure, à cet égard, de la substitution du mot ἀλληλαμανδάτωρ à celui d'ἀλληλέγγυος, car JUSTINIEN assimile les trois sortes de cautions μανδάτωρ, ἔγγυητὴς, ἀντιφωνητὴς (*Nov.* 4). Si en employant le mot ἀλληλαμανδάτωρ, il avait entendu conférer à la caution qui a payé la dette le droit d'exercer un recours contre les autres par l'action *mandati contraria*, il se serait servi d'un mot impropre : ce n'est pas à titre de mandant qu'elle a un recours, c'est comme mandataire. Au lieu de μανδάτωρ JUSTINIEN aurait dû écrire ἐντολικάριος. C'est en effet l'expression τὰς ἔντολας γραφεῖν qui, dans la *Novelle* 4, désigne celui qui a reçu le mandat. JUSTINIEN s'en sert précisément à l'occasion du droit reconnu à la caution de se faire céder les actions du créancier qu'elle a désintéressé.

En soumettant à une réglementation nouvelle le cautionnement simple (*Nov.* 4) et le cautionnement mutuel (*Nov.* 99), JUSTINIEN paraît avoir eu la pensée de procurer aux créanciers les avantages respectifs que leur assuraient certaines coutumes de l'Orient et celles de l'Occident. Il a emprunté la condition de présence à la coutume babylonienne. Il considère, en effet, comme présentes les cautions qui habitent la même localité que le créancier, donc les plus proches de son domicile. Mais tandis que cette condition n'était exigée à Babylone que dans le cas de cautionnement mutuel, JUSTINIEN l'a appliquée à tous les cas où il y a des cautions. Quant à la seconde condition, celle de solvabilité a été empruntée à la coutume romaine fondée sur le rescrit d'HADRIEN. Mais en combinant des coutumes hétérogènes, en s'écartant des usages reçus à Constantinople, JUSTINIEN s'est exposé à ne pas être suivi par la pratique, ni même compris par les juristes byzantins.

Très peu de temps après la *Novelle* 4, les banquiers de

Constantinople ont protesté contre le bénéfice de discussion dont l'organisation défectueuse retardait les paiements attendus par les créanciers. Cédant à leurs instances, JUSTINIEN déclara que la règle établie par la *Novelle* 4 n'était pas d'ordre public, et que les banquiers pourraient demander aux cautions d'y renoncer par écrit (*Nov.* 136, c. 1). Aussi n'est-il fait allusion au bénéfice de discussion personnel que dans un papyrus d'Oxyrhynchos (I. 136) de l'an 583 : προσομολογῶ ... πληρῶσαι τὴν ὑμῶν ὑπερφ(ύειαν) ἀποταττόμενος τῷ προνομίῳ τῶν ἐγγυητῶν, διαφερόντως δὲ τῇ νεαρᾷ διατάξει τῇ περὶ ἐγγυητῶν καὶ ἀντιφρονητῶν ἐκφονεθείσῃ.

Quant à la *Novelle* 99, les juristes de Constantinople ont continué à considérer le cautionnement mutuel des codébiteurs comme un équivalent de la solidarité. On a remarqué que JULIEN, dans sa traduction latine abrégée des *Novelles*, n'a pas compris l'innovation de JUSTINIEN περὶ ἀλληλεγγύων (1). Dans ces ἀλληλέγγυοι il a vu des *correi promittendi*. Il traduit en effet le passage εἴ γάρ τις ἀλληλεγγύους ὑπευθύνους λάβοι τινὰς ainsi qu'il suit : *si qui rei promittendi fuerint, ut alter pro altero fidejubeat et invicem adeo quidem...* (2).

D'autre part, après la promulgation de la *Novelle* 99, les notaires égyptiens ont le plus souvent rédigé leurs actes sans avoir égard à la prescription relative à la clause de solidarité. Dans quelques papyrus la terminologie a été modifiée : P. MASPERO, 67126 de l'an 541 ; *Hamburg* 23 de l'an 569; GRENFELL 87 de 602 ; *Amherst* II, 151 de 610-640. Mais partout ailleurs la *Novelle* 99 est restée inobservée : cinquante-six ans après la *Novelle*, on trouve la clause ὁμολογοῦμεν ἐξ ἀλληλεγγύης μεμισθῶσται (P. Lond. I, 209), exactement comme dans P. MASPERO 67103, rédigé treize ans avant la *Novelle* 99. Il n'y a rien de changé : on n'a pas ajouté εἰς ὁλόκληρον.

ED. CUQ.

(1) Cf. SAMTER, *loc. cit.*, 417 ; ANGELO SEGRÈ, *loc. cit.*, 199.

(2) HALOANDER, dans sa version latine de la Novelle 99, a traduit la rubrique περὶ ἀλληλεγγύων : *de duobus reis promittendi*.

CAPITIS DEMINUTIO MAXIMA ET MEDIA
FIDEJUSSIO

OBLIGATION NATURELLE ET CONFISCATION

PAR

FERNAND DESSERTEAUX

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

CAPITIS DEMINUTIO MAXIMA ET MEDIA, FIDEJUSSIO

OBLIGATION NATURELLE ET CONFISCATION

I

1. Si l'on admet que la *capitis deminutio* est une mort civile, laissant subsister la personnalité au point de vue naturel, et qu'on tire les conséquences logiques de cette doctrine, on arrive à dire que les obligations des *capite minuti* « disparaissent *jure civili* avec leur ancienne personnalité, mais subsistent *jure naturali* » (1) ; conséquence de la notion même de la *capitis deminutio*, cette théorie régit celle-ci sous ses trois formes (2). Cependant des auteurs ne considèrent pas qu'il y ait là une conséquence nécessaire du système, et tout en admettant l'idée que la *capitis deminutio* est une mort civile, ils limitent l'obligation naturelle à l'extinction de la dette par *c. d. minima* (3). On peut donc laisser de côté la conception même de la *c. d.* (4), sans prendre parti sur elle, et faire sur la question de l'obligation naturelle une étude objective des textes. Je ne reviens pas sur la *c. d. minima* ; j'ai admis l'existence de l'obligation naturelle, en la fondant, non pas sur la mort civile du

---

(1) Girard, *Man.*[7], p. 676, 3°.

(2) Girard, *Man.*[7], p. 205. « ... depuis que la doctrine a reconnu l'existence d'obligations naturelles, le *capite minutus*, libéré de ses dettes *jure civili*, en restera tenu *jure naturali*, avec les effets restreints, mais réels, que peut produire une obligation naturelle. »

(3) Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, 1861, pp. 318-319 sq.; Van Wetter, *Les obligations en dr. rom.* I, p. 246; *Pandectes*, T. III, p. 185 ; il rattache l'obligation naturelle à l'idée d'enrichissement injuste aux dépens des créanciers du *capite minutus*.

(4) V. sur les idées émises pour expliquer la *c. d.*, mes *Etudes sur la formation historique de la c. d.*, II, *Evolution et Effets de la c. d.*, pp.121 sq.

débiteur, mais sur une combinaison des principes généraux du droit (1), et sur un texte précis d'Ulpien (2); ce texte étant spécial à la *c. d. minima* (3), la question est entière pour les deux autres ; les rares textes qu'on peut invoquer se réfèrent à la *fidejussio* et ne parlent pas d'obligation naturelle.

2. Papinien citant Julien déclare que la dette du déporté est éteinte et qu'un fidéjusseur ne peut intervenir pour lui (4). Le déporté, capable de passer des contrats du *jus gentium* et *alia similia* (5), peut donner une caution pour garantir sa dette née de ces contrats, mais il ne peut donner un fidéjusseur pour ses dettes antérieures à la déportation, pour la raison qu'elles sont éteintes *jure civili* (6); c'est là, à mon sens, la portée du texte de Papinien. Ailleurs, en effet, Julien citant Gaius Cassius, déclare que, par application du S^te^ Velléien, le fidéjusseur, donné par la femme, n'est pas tenu : *quia totam obligationem senatus improbat* (7). Papinien use du même lan-

(1) Desserteaux, *l. c.*, pp. 353 sq.

(2) Ulp., 12 *ad Ed.*, D. 4, 5, *De cap. min.*, 2, 2 ; un fragment de Pomponius 7, *ad Sab.*, D. 33, 8, *De pec. leg.* 7, implique que la dette de celui qui se donne en adrogation à son créancier n'est pas totalement éteinte mais subsiste comme obligation naturelle ; v. Desserteaux, *l. c.*, pp. 351, 352, et *Etude sur les effets de l'adrogation*, pp. 45 sq.

(3) Cohn, *Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts* : I, *Zur Lehre von der capitis deminutio*, p. 293 ; Desserteaux, *l. c.*, p. 354, n. 1 et 2.

(4) 9 *Quaest.* D. 46, 1, *De fid.* etc.... 47 *pr.* « *Si debitori deportatio irrogata est, non posse pro eo fidejussorem accipi scribit Julianus*, QUASI TOTA OBLIGATIO CONTRA EUM EXTINCTA SIT. ». Les mots *quasi* et *contra eum* indiquent, à mon sens, que, quoique l'obligation soit éteinte contre le débiteur, cependant les créanciers peuvent agir contre le fisc ; ces mots constituent peut-être une addition ; ils ne se comprennent qu'à l'époque récente, où le recours contre le fisc est devenu la règle générale. V. Girard, *Man.*^7^, p. 206, n. 2.

(5) Le *fidejussor postea datus*, de Pomponius, 37 *ad Q. Muc.*, D. 45, 2, *De duob. reis* 19, est un fidéjusseur très-régulièrement donné par le *correus*, qui reste tenu, quoique son *correus* soit *exemptus obligatione* par sa *c. d.* qu'une glose suppose due à une *interdictio a. et i.* ; v. D. Mommsen, P. Krueger.

(6) Marcien, D. 48, 22, *De interd.* etc. 15.

(7) 4 *ad Urs. Fer.* D. 16, 1, *ad Sctum Vell.*, 16, 1.

gage dans le même sens ; la dette éteinte par la déportation est nulle, de telle sorte que, comme pour celle de la femme, aucune obligation naturelle ne subsiste ; aussi le déporté ne peut-il pas donner un fidéjusseur pour une telle dette (1). Le texte de PAPINIEN citant JULIEN, « dont l'influence a été décisive sur la formation de la théorie des obligations naturelles » (2), implique que la dette antérieure à la déportation est éteinte sans laisser subsister d'obligation naturelle (3).

2° Une constitution de Dioclétien (a. 293) décide qu'en cas de confiscation totale des biens du débiteur, le créancier conserve le droit de choisir parmi les cautions, celle qu'il poursuivra (4).

Il est à remarquer que la décision n'est pas motivée en droit, qu'elle s'applique en cas de confiscation totale, sans distinction, et ne parle ni de *capitis deminutio*, ni d'obligation naturelle. L'hypothèse directement prévue est celle du débiteur qui, ayant donné des cautions, est ensuite déporté (5).

3. Deux textes du DIGESTE, l'un de GAIUS, l'autre de PAUL, parlent d'un *fidejussor judicio sistendi causa datus* et décident que la mort du défendeur ou la perte par lui de la *civitas* ne

---

(1) Quant au fisc, qui est tenu des dettes dans la limite du patrimoine qu'il recueille, v. *infra* pp. 13 sq., il est considéré comme toujours solvable (ULP. 5, *De adult.* D. 23, 5, *De fund. dot.* 2) et n'a pas, en conséquence, de garantie à donner aux créanciers du déporté.

(2) GIRARD, *Man.*[7], p. 675.

(3) Cfr. COHN, *op. cit.*, pp. 299 sq. ; E. COSTA, *Papiniano* II, p. 6 ; la même solution résulte de MARCELLUS, cité par ULPIEN 7. Disp. D. 46, 2, *De nov.* etc. 14, 1 ; la dette, après déportation, ne peut être novée.

(4) C. 8, 40 (41) *De fid.* etc., 20. « *Sententia bonorum omnium ademptionem continente rei damnati principalis intercessores eligendi creditori potestas non adimitur.* » V. *infra* pp. 24 n. 3, pour les cas où la confiscation a lieu. Pour les caisses publiques qui profitent des peines patrimoniales (*aerarium, fiscus*) V. MOMMSEN, *Dr. pén.* III, pp. 383 sq. (traduction DUQUESNE).

(5) Si après la condamnation, la *restitutio* du prince intervient, les solutions relatives aux créances et aux dettes sont données par ULP. 5. *Opin.* D. 48, 23, *De sent.* etc. 2 ; PAPINIEN, 16, *Resp.* D. *h. t.*, 3 ; PAUL, *lib. sing. reg.* D. 49, 16. *De re mil.* 10 ; v. *infra* n° 9.

libèrent pas ce débiteur, dans certains cas (1). M. LENEL, dont la théorie est généralement suivie dans son ensemble, sinon dans tous ses détails, a montré que, sous cette expression, se cache, dans quelques textes, le *Vindex* de l'époque formulaire (2) : d'où la question : quelle est, sur la situation du *Vindex*, l'influence de la mort ou de la perte de la *civitas* par le défendeur?

1° PAUL pose un principe : si, après avoir donné un *Vindex*, le défendeur meurt, le préteur ne doit pas ordonner son exhibition. Puis il distingue : si le préteur, ignorant la mort, ordonne l'exhibition, ou si le défendeur est mort avant le jour fixé par le préteur pour l'exhibition, toute action est déniée contre le *Vindex* ; mais si le défendeur est mort ou a perdu la *civitas post diem exhibitionis*, on pourra agir utilement contre le *Vindex* (3). Que ressort-il de là? Il est certain qu'il faut un décret du préteur pour fixer le temps et le lieu de l'exhibition; et si le *Vindex* n'obéit pas au décret, mais alors seulement, il est tenu d'une action *in factum* pour le *quanti ea res erit* (4).

(1) V. les théories diverses émises sur ces textes avant la découverte de leur interpolation, dans SCHWANERT, *Die Naturalobligation*, pp. 413 sq. ; MACHELARD, *Obligations naturelles*, pp. 318 sq. ; COHN, *op. cit.*, pp. 296 sq.

(2) GIRARD, *Man.*[7], p. 1059, n. 1-2, ses références et celles de BERTOLINI, *Processo civile*, I, p. 225, n. 1, et 236, n. 5 ; l'interpolation est indiquée au D.: MOMMSEN-KRUEGER ; v. notamment fr. 1-5, D. 2, 8. LENEL arrive à séparer deux groupes de textes, l'un relatif au *Vindex*, se rapportant au titre V, de l'édit de *in jus vocando*, et l'autre relatif au *Vadimonium* commentant le titre VII *de vadimoniis*. Les auteurs, d'accord sur l'interpolation, conçoivent diversement le rôle du *Vindex*; SCHLOSSMANN (*Z. de Grünhut*, 1905, pp. 193 sq.) voit en lui un *sponsor* s'engageant par stipulation envers le demandeur. LENEL, d'abord partisan de cette théorie admet, en dernière analyse, que le *Vindex* ne s'engage pas vis-à-vis du demandeur, et que le principe de sa responsabilité est dans la loi elle-même. *Das Ediktum perpetuum*[2], pp. 65 sq. Cfr. FLINIAUX, *Le Vadimonium*, pp. 40 sq., et *Dict. des Antiq.* etc. V° *Vindex* (E.CUQ).

(3) PAUL 4, *ad Ed.* D. 2, 8, *Qui satis d.* etc. 4. « *Si decesserit qui vindicem* [D. *fidejussorem*] *dederit* [D. *judicio sistendi causa*] *non debebit praetor jubere exhibere eum. quod si ignorans jusserit exhiberi, vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit* AUT AMISERIT CIVITATEM, *utiliter agi potest* ».

(4) GAIUS 1, *ad Ed. prov.* D. *h. t.* 3. Sur le fondement et le rôle de cette action les auteurs sont divisés ; v. LENEL (*Das Edikt. perp.*[2], pp. 67-68 et 72) dont les solutions sont généralement admises.

Ceci posé, si avant le jour fixé, le défendeur est mort, l'ordre du préteur n'a plus d'objet et tombe ; mais si l'exhibition n'a pas eu lieu, l'action, qui naît contre le *Vindex* au jour où elle devait être faite, a désormais une vie propre et indépendante de la mort postérieure du défendeur. Il en est de même si, *post diem exhibitionis*, le défendeur a perdu la *civitas* ; ainsi, dans cette hypothèse, les deux cas, mort et perte de la *civitas*, produisent le même effet ; mais est-ce bien là le droit du temps de Paul ? Il est permis d'en douter très fort. Quand il s'agit de la *cautio* ou *promissio* par voie de stipulation ayant pour objet de : *exhibere aliquem* (1). Paul déclare dans ses *Sentences* que la mort de celui qui a promis d'exhiber libère le promettant (2) ; de même Ulpien (3). La libération a lieu de plein droit, d'après les principes, et sans le secours d'une exception dont il n'est fait aucune mention ; or, il est remarquable que ni Paul ni Ulpien ne prévoient le cas de perte de la *civitas* ; c'est le préteur qui intervient alors, et donne une exception au défendeur qui n'a pu comparaître à la suite d'une condamnation capitale prononcée contre lui (4). Il est à penser qu'il en était de même, je veux dire que seul le cas de mort était prévu, dans le fr. 4

---

(1) Cette promesse se rencontre dans le *Vadimonium* soit judiciaire, soit extra judiciaire. Fliniaux, *op. cit.*, pp. 104 sq.

(2) *Sent.* I, 13a, 1a et 1 ; Le *Digeste* reproduit (2, 4 ; 17) le § 1a des *Sentences*, mais non le § 1 qui prévoit le cas de mort ; cfr. Paul. *ad Plaut.* D. 2, 11, *Si quis caut.* etc., 10, 1. — Il est à remarquer que la *cautio* des *Sentences* de Paul a lieu *apud officium*, *apud acta* ; v. Naber, *Mnémosyne*, 21, 1893, pp. 374 sq. ; Brassloff, *Zur Kenntniss des Volksrechtes*, etc., 1902, pp. 39 sq. ; N. Corodeanu, *Sur la fonction du Vindex*, Bucarest, 1919, pp. 85 sq. ; Cuq, *Inst.*, II, p. 746, n. 1, et *Man.*, p. 868, n. 7.

(3) Ulp. 7, *ad Ed.* D. 45, 1, *De v. o.* 69 ; à ce livre 7 Ulpien, commente l'édit de *Vadimoniis*. Lenel, *L'édit perpétuel* (trad. Peltier), I, p. 90 ; et *Das Edikt* [2], p. 80.

(4) Ulp. 74, *ad Ed.* D. 2, 11, *Si quis caut.* etc. 4, *pr.* L'exception (dont la place est dans l'édit au titre XLIV) est surtout utile aux cautions (*sponsoribus* Lenel. *Pal.*) puisque, après condamnation, aucune poursuite ne peut avoir lieu contre le défendeur. Paul 11, *ad Ed.* D. 4, 5 ; *De cap. min.* 7, 2 et 3. Pour les interpolations du texte d'Ulpien, v. Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, IV, p. 233. Cfr. Fliniaux, *op. cit.*, pp. 83 et 84.

de Paul (D. 2. 8) (1) où il parlait du *Vindex*, c'est-à-dire d'une personne qui doit en exhiber une autre (2) ; les mots : *aut amiserit civitatem* ne sont pas de Paul (3).

2° Gaius. 1 *ad Ed. prov.* D. 2, 8. *Qui satisd.* etc. 5 *pr.* « *Si vero pro condemnato fidejusserit et condemnatus decesserit, aut civitatem amiserit, recte nihilominus cum fidejussore ejus agetur* » (4).

J'examinerai successivement les deux difficultés que soulève le texte, dont la 1re relative au mot *fidejussor* a seule attiré l'attention des auteurs.

a) M. Lenel, appliquant ici sa théorie, restitue ainsi le texte : *si vero pro condemnato vindex extiterit et condemnatus* etc.... *cum vindice ejus agetur* (5) .M. Naber a fait remarquer que, d'après Gaius lui-même, le *Vindex* dans l'exécution de la condamnation, était remplacé, de son temps, par la *cautio judicatum solvi ;* aussi propose-t-il de lire : *cum sponsore agetur* (6). Gaius, à mon avis, se place uniquement au point de vue du défendeur et spécifie que, dans l'*actio judicati*, il doit fournir la *cautio judicatum solvi* (7) ; mais il ne touche en rien au droit d'un tiers d'intervenir comme *Vindex* dans l'*in jus vocatio*

---

(1) Si Paul avait prévu là la mort et la perte de la *civitas*, il les aurait citées dans les deux hypothèses, c'est-à-dire arrivant soit *ante* soit *post diem exhibitionis* ; or la perte de la cité ne figure que dans la 2me hypothèse ; elle semble bien y avoir été ajoutée après coup par un interpolateur qui n'a pas pris soin de l'ajouter à la 1re.

(2) C'est le trait commun des deux institutions, *Vadimonium* et *Vindex*, si profondément différentes à d'autres égards.

(3) Ces mots ne sont pas signalés comme interpolés par Maria, *Le Vindex* etc., 1895, p. 236, n. 9 ; Brassloff, *op. cit.* (1902), p. 45 ; Lenel, *Das Edikt.*2 (1907), p. 72 ; Cicogna, *Il Vindex* et N. Corodeanu, qui cite à plusieurs reprises les textes que j'étudie ; pp. 95 sq.

(4) Outre les mots *fidejusserit* et *fidejussor* qui sont interpolés, *vero* et *recte* sont suspects ; V. Guarneri Citati. *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus juris* (1923), *his verbis.*

(5) *Palingenesia, ad h. l.*

(6) G. IV, 25, et 102 ; Naber, *Mnémosyne*, 21 (1893), pp. 378 sq.

(7) G. IV, 25 « *... unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.* »

de l'*actio judicati* (1). Si, avec ce point de vue, on cherche la portée précise du texte en retenant d'abord et uniquement le cas de mort du défendeur, il faut, à mon sens, se garder de l'isoler du texte précédent de PAUL, et dire que, sans *decretum* du préteur, dont il ne parle pas, et sans distinction, le demandeur pourra agir contre le *Vindex*. Cela n'est pas admissible ; le texte de GAIUS, dans le *Digeste*, continue le précédent de PAUL et complète sa dernière hypothèse *(si autem post diem exhibitionis..... utiliter agi potest)*: si, dans ce cas, dit GAIUS, le *Vindex* est intervenu *pro condemnato* et que le *condemnatus* soit venu à mourir, on pourra agir contre le *Vindex* (2), c'est à dire que le *Vindex* sera condamné au double, dans les cas où le défendeur l'aurait été (3). La solution se justifie par les mêmes raisons que celle de PAUL, pour le cas de mort.

b) Aut civitatem amiserit. Ces mots assimilent, au point de vue de l'effet produit, la perte de la cité à la mort. Que peut-on en penser? Si l'on admet qu'ils sont de GAIUS, l'assimilation faite par lui peut être ou générale et absolue, ou simplement relative au cas prévu :

1. L'assimilation absolue, qui est en harmonie avec la conception voyant dans la *capitis deminutio* une mort civile (4), pourrait invoquer le rapprochement avec un autre texte de GAIUS, relatif à l'interdit *a. et i.* où il déclare qu'il perd la *civitas* et que ses enfants cessent d'être en puissance : *proinde ac*

---

(1) Passé le délai de 30 jours (CUQ, *Man.*, p. 901), le *judicatus* est, d'après le droit commun à toutes les actions, *vocatus in jus*, et un *Vindex* peut intervenir pour lui. WENGER indique la solution (*Actio judicati* (1901), p. 119) et la soutient avec force dans *Rechtshistorische Papyrusstudien*, pp. 20 sq. ; BRASSLOFF, *op. cit.*, p. 35, n. 2, suit sa doctrine.

(2) Le mot *vero*, probablement ajouté, marque l'insistance (FORCELLINI, *h. v.*), et signifie « donc » ou « en vérité ». Il est en rapport avec *recte*, ainsi que *nihilominus*, dans le sens de « tout de même ».

(3) Cfr. CUQ, *Man.*, p. 901, n. 6.

(4) V. mes *Etudes* etc., I, pp. 12 sq.

mortuo eo (1). L'interdit, d'après ce texte, serait traité comme s'il était mort Mais j'ai montré ailleurs (2) les raisons sérieuses tirées du texte même et des principes de l'époque qui permettent de voir dans ces mots une addition postérieure à GAIUS. Ces mots écartés, il reste le texte du *Digeste*, qui ne prouve rien pour ou contre le système général de la *capitis deminutio* = mort civile, mais qui constitue un cas où la mort et la perte de la *civitas* sont mis sur la même ligne.

2. Le rapprochement des deux cas indique-t-il simplement que, pour GAIUS, la mort et la perte de la cité, dans le cas concret du texte, produisent le même effet? J'ai montré que dans le texte de PAUL, seul le cas de mort était prévu ; le cas de perte de la cité obéissait, dans l'hypothèse prévue, à d'autres principes (3); or le texte de GAIUS est, au *Digeste*, la continuation et le complément du texte de PAUL. Les textes originaux de PAUL et de GAIUS ne pouvaient mettre sur la même ligne les deux cas. La conclusion est facile à dégager :

3. Les mots : *aut amiserit civitatem*, dans les deux textes de

---

(1) G. I, 128. « *Cum autem is, cui, ob aliquod maleficium ex lege Cornelia aquâ et igni interdicitur, civitatem romanam amittat, sequitur ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate ejus esse...* ».

(2) V. mes *Etudes* etc., II, pp. 450 sq.

(3) Dans l'évolution de l'effet produit par la perte de la *civitas*, la conception première n'est pas l'assimilation avec la mort; pour le prouver, il suffit de rappeler des principes bien connus : tandis que la mort fait valoir le testament, la perte de la *civitas*, aussi haut qu'on puisse remonter, le brise, et enlève aux enfants, d'après le principe énoncé par ALFENUS (1 *Epit.* D. 48, 23, *De interd.* etc. 3 ; v. mes *Etudes* etc... II, pp. 437 sq.), précisément ce qu'ils recueilleraient s'ils venaient ab intestat (*hereditatem et libertos*) ; l'effet produit apparaît, au temps d'ALFENUS, comme l'inverse de celui de la mort. L'évolution peut se résumer ainsi : la comparaison avec la mort a été introduite postérieurement par les juristes, dans un but favorable au condamné. Pour fixer sa situation juridique, ils le traitent, dans quelques cas concrets, comme s'il était mort (en usant du procédé *ac si*...) ; les cas se multipliant, on donne au condamné, après l'époque classique, un état juridique, en le mettant *loco mortui*, de sorte que dans le droit récent, on arrive à une sorte d'équivalence qui permet de mettre sur la même ligne la mort et la perte de la *civitas* ; v. mes *Etudes* etc., II, pp. 63 sq. et 392 sq.

PAUL et de GAIUS constituent une interpolation par voie d'addition. Ces mots cadrent avec le droit introduit par la Const. de Dioclétien, de 293 (1), où, lorsqu'il y a confiscation totale, — la perte de la *civitas* à titre de peine rentre dans ce cas — l'empereur donne aux créanciers le droit de poursuivre le fidéjusseur qu'ils choisiront. C'est à partir de cette époque, et peut-être même dès avant Justinien, que les diverses interpolations relevées ci-dessus (qui dans les mots : *aut amiserit civitatem* ne révèlent aucun Tribonianisme) ont pris place dans les textes (2).

4. Dans le droit postérieur au système formulaire, ce n'est plus au demandeur qu'il appartient d'amener, par son action propre, le défendeur en justice ; c'est l'autorité qui intervient dans la citation (3). La *cautio judicio sisti* et les cautions ordi-

(1) *Supra*, p. 3 n. 4.

(2) D'après une communication de M. COLLINET (février 1924), l'altération de ces textes serait beaucoup plus complète : 1° PAUL 4 *ad Ed.* D. 2, 8 ; 4 (*supra*, p. 4 n. 3) ; les phrases *vel post decretum — decesserit*, et *si autem — agi potest* sont interpolées : *a*) parce que dans ces phrases le sujet change sans être exprimé : c'était le préteur qui était le sujet de *jusserit* ; c'est le défendeur (non désigné) qui est le sujet de *decesserit* (2 fois) et de *amiserit* ; *b*) *utiliter* est signalé comme critère par GUARNERI-CITATI, *Indice* (*B. I. D. R.*, t. XXIII, sub *h. v.*), dans l'expression *utiliter competere* analogue à *u. agi potest*. L'origine de ces deux interpolations peut très bien être préjustinienne : car elles affectent la forme de distinctions d'hypothèses qui, sans doute, constituent des Tribonianismes connus, mais qui sentent aussi le procédé scolaire. 2°. D. 2, 8, 5, pr. (GAIUS, *l.* 1 *ad ed. prov.*) : « Si vero pro condemnato fideiusserit et condemnatus decesserit aut civitatem Romanam amiserit, recte nihilo minus cum fideiussore eius agetur. » L'édition du *Digeste* corrige seulement *Fideiusserit* = *vindicem dederit* et *fideiussore* = *vindice*. Mais tout le passage est suspect : *a*) singulier commencement que *si vero...* ! ; *b*) *fideiusserit* n'a pas de sujet ; *c*) pourquoi *civitatem Romanam* ? c'est un adjectif superflu dans le cas prévu ; *d*) *recte* est un critère d'interpolation assez fréquent, d'après GUARNERI-CITATI, *Indice*, sub *h. v.*, et *Annali del Semin. giurid. della R. Univ. di Palermo*, vol. XI (1923), p. 159, n. 1 (qui ne signale pas notre texte) ; *e*) le *princ.* n'a aucun rapport avec la question traitée au § 1. Au contraire, il se rattache visiblement au fr. 4. Aussi, c'est à se demander si le passage formant dans la Florentine le *princ.* du fr. 5, n'était pas originairement une addition à la fin du fr. 4. Une erreur de copiste l'aurait transporté en tête du morceau emprunté à GAIUS.

(3) GIRARD, *Man.*[7], p. 1140.

nairement fournies par le défendeur, qui promettent : *reum certo die sisti*, ressemblent au *Vindex* et au *Vadimonium* des juristes classiques ; aussi quelques-uns de leurs textes ont-ils été conservés en les interpolant (1), et en remplaçant les termes techniques de *Vindex* et de *Vadimonium* par des formules vagues (2) sous lesquelles la critique moderne a deviné les institutions du droit classique (3).

II.

5. Les trois groupes de textes, dont l'étude détaillée m'a paru présenter quelque intérêt, peuvent, à mon avis, en les prenant dans leur ensemble, servir à préciser la formation

---

(1) V. sur les raisons tirées de la terminologie byzantine, Brassloff, *op. cit.* pp. 51-59 ; Cfr. Cuq, *Inst.* II, p. 746, n. 1 et *Man.*, p. 868, n. 7 et les références.

(2) *Vindex* est remplacé par *fidejussor judicio sistendi causa datus; vadimonium*, par : *cum quis in judicio sisti promiserit* ; enfin, dans le droit byzantin, *fidejussor* s'emploie pour tout ce qui ressemble à une caution. Fliniaux, *op. cit.*, pp.40 sq., 155 sq.

(3) La *translatio judicii* (et probablement d'autres institutions) ont dû suivre une évolution analogue ; v. l'excellente monographie de M. Duquesne, *La « translatio judicii » dans la procédure civile romaine.* — A. Dans le cas où la *c.d.* atteint le demandeur, Tryphoninus (17 *Disp.* D. 5, 2, *De inoff. test.* 22, 3) montre l'adrogeant continuant la *querela* introduite par l'adrogé, et agissant : *non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis*, langage en harmonie avec celui de Gaius (III, 82) citant l'adrogation parmi les *alterius generis successiones*. Le droit classique, tend à rapprocher, mais dans quelques cas seulement, l'*adrogator* et l'*heres* (Paul, 32 *ad Ed.* D. 17, 2, *Pro soc.* 65, 11 ; Pompon. 7 *ad Sab.* D. 33, 8, *De pec. leg.* 7); la solution de Tryphoninus rentre dans le même ordre d'idées. Pour les *c. d. maxima* et *media*, aucun texte, ce qui s'explique, à mon avis, parce qu'on a suivi l'évolution générale qui part du cas de mort, et s'étend au cas de ces *c. d.* (Cfr. Duquesne, *op. cit.*, pp. 164 sq. pour la *translatio hereditaria* et pp. 124 sq. pour la *translatio* en cas de *c. d.* Quant au procédé de *translatio*, c'est sous Justinien comme chez nous, un simple détail de procédure (Duquesne, pp. 8 sq.), facilité par la mise *loco heredis* de tous les successeurs *in universum jus*. Pour le droit classique, en raison même des règles du système formulaire, la difficulté est beaucoup plus grande. A mon avis, ce n'est que que sous Justinien (v. *infra*, n° 12) que le fisc a été mis *loco heredis* quand il recueille des *bona damnatorum* ; quant à l'adrogeant, peut-être agissait-il *quasi ex jure cesso*, ce qui est conforme au texte de Tryphoninus (on peut

de la théorie de la confiscation aux trois premiers siècles de l'Empire (1).

Lorsqu'en droit classique le débiteur est déporté, ou lorsqu'il subit la confiscation, les fidéjusseurs sont-ils libérés? Avec le

---

citer comme exemple de cession tacite, le cas du § 317, *Frag. Vat.* où l'action *judicati* est censée cédée au *dominus* ou contre lui, quand un *cognitor* a agi pour lui ; et peut-être aussi Ulpien (32 *ad Ed.* D. 19, 1, *De act. empt.*, 13, 25) dans un texte interpolé où il donne au mandant contre les tiers les actions des contrats passés par le mandataire ; mais sa décision n'a pas la généralité qu'on lui prête ; c'est le magistrat qui pourra, dans des cas très favorables, permettre au mandant d'intenter seul, comme action utile, l'action que le mandataire a acquise. Girard, *Man.*[7], pp. 712, n. 3, 714, 715, n. 2). —B. Si c'est le défendeur qui est *capite minutus*, l'absence complète de textes semble indiquer qu'il n'y avait pas de procédés spéciaux de *translatio*, et qu'on appliquait ceux du droit commun. Si, pour la *minima c.d.*, on suppose l'adrogé, avant l'adrogation, poursuivi pour une dette quelconque, la *litis contestatio* realisée, et l'adrogation survenant ensuite, la dette même délictuelle, ayant un caractère contractuel en vertu de la *litis contestatio*, est éteinte *jure civili* (Ulp. 29 *ad Ed.* D. 15, 1, *De pec.* 3, 11) ; le préteur restitue le créancier et restaure son droit, en lui donnant action *quasi id factum non sit.* (D. 4, 5; 2, 1). En cas de *c. d. maxima* et *media*, des textes, avec lesquels on doit compter, quelque interprétation qu'on en donne, déclarent que : *res non capit restitutionem* (Ulp. 11 *ad Ed.* D. 4, 4, *De min.* etc. 9, 4) et que dans ces *c. d.*, il n'y a pas lieu à *restitutio* (Paul 11 *ad Ed.* D. 4, 5, *De c. m.* 7, 2 et 3). Le préteur, qui, en fait, n'use pas de la *restitutio* (*non solere restitui*) alors qu'en droit, il aurait pu le faire (*Etudes* etc., I, pp. 85 sq.) a donné l'action contre le maître, qui a recueilli les biens, et une théorie due aux efforts combinés des juristes classiques et des empereurs des trois premiers siècles, a permis d'atteindre le fisc.; v. *infra*, pp. 17 sq.

(1) Quand un débiteur subit une condamnation capitale, le point de départ de la théorie est le dépouillement des créanciers, et de la famille ; ce système, passablement rude, est bien en rapport avec le droit ancien ; quand une peine est prononcée, on ne s'inquiète pas des conséquences qu'elle peut avoir vis-à-vis de la famille ou des créanciers du condamné ; si, comme l'écrit Mommsen, *Dr. pén*, III, p. 237 sq, la confiscation a pour origine la *consecratio*, l'intérêt religieux — purification de la souillure dont le peuple est entaché — ne peut être mis en balance avec des intérêts purement pécuniaires : « Le peuple romain ne cherche pas, d'après les lois primitives, mais également d'après les lois plébéiennes, à faire des bénéfices avec les peines qui sont infligées ; la personne est sacrifiée ; les biens échoient aux temples. » En droit classique, il n'y a plus que deux intérêts pécuniaires en présence, celui du Trésor, et celui de la famille et des créanciers ; à la famille, on rend une partie des biens enlevés sous le nom de *portio concessa* ; aux créanciers, on s'efforce de donner un recours. C'est la formation historique de ce recours, en droit classique, que je voudrais essayer de préciser.

texte de PAPINIEN, on voit que la dette du déporté est insusceptible d'être munie d'un fidéjusseur, et qu'une obligation naturelle ne survit pas à son extinction ; par là même, il apparaît, dès l'abord, comme très vraisemblable que, dans ce système, les fidéjusseurs donnés par celui qui subit ensuite la déportation — et on peut ajouter la servitude pénale — sont libérés : en effet, la dette du débiteur a été éteinte (1) sans qu'il subsiste une obligation naturelle ; or SCAEVOLA pose en principe : *Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit* (2), ce qui semble bien impliquer qu'à l'inverse le fidéjusseur est libéré quand la dette est éteinte sans survivance d'une obligation naturelle (3). S'il en est ainsi, on voit avec la constitution de Dioclétien, qu'en cas de confiscation totale — qui résulte de plein droit de la condamnation à la perte de la *civitas* ou de la *libertas* — le créancier conserve le droit d'agir contre l'un des fidéjusseurs, à son choix : cette solution implique ou que le débiteur principal n'est pas libéré, ou s'il l'est, qu'il subsiste une obligation naturelle. Aucun texte ne mentionnant l'existence de cette obligation naturelle, on ne peut suppléer à ce silence ; il reste donc à savoir si le débiteur est, ou non, libéré. Sur ce point, on trouve à mon avis, dans les textes, deux conceptions très différentes. Dans la 1re, celle de PAPINIEN, la dette est éteinte ; il n'y a pas lieu à *restitutio in integrum*, et le débiteur ne peut plus être poursuivi (4) ; la seconde ressort de la constitution de Dioclé-

(1) L'extinction est certaine, qu'on la rattache, selon les systèmes, à la *capitis deminutio*, ou à la perte de la *civitas* ou de la *libertas*.

(2) 1 *Resp.* D. 46, 1, *De fid.* etc., 60 ; le sujet de *respondit* est SCAEVOLA.

(3) Il semble bien également que l'extinction de la dette, à la suite de la perte de la *civitas* ou de la *libertas*, n'ait pas lieu *per exceptionem* ; nulle part on ne voit trace d'une exception en cette matière. L'exception mentionnée *supra*, p. 5 n. 4, s'applique à un tout autre cas, celui du défendeur qui n'a pu comparaître par suite d'une condamnation capitale prononcée contre lui.

(4) ULP., 12, *ad Ed.* D. 4. 5, *De c. m.*, 2 *pr.* ; la phrase : *neque possunt hi pauitus conueniri*, est une glose, mais contient une solution juste ; v. PAUL,

tien ; le créancier conserve, après confiscation totale des biens du débiteur, le droit de poursuivre le fidéjusseur qu'il choisit ; la dette semble avoir passé, avec ses garanties, au fisc. Ce n'est plus l'idée d'extinction, c'est celle de transmission.

6. Que penser de cette dualité de points de vue, absolument opposés, puisque une dette éteinte ne peut être transmise? (1) Il y a là, à mon avis, deux théories nettement différentes par leur origine, et leurs sanctions. Quand il y a perte de la *civitas*, ou de la *civitas libertasque* (2) (c'est-à-dire en cas de *c.d. maxima* ou *media*) il y a extinction totale de tous les droits du condamné (3), ses biens sont confisqués, ses dettes éteintes, et les fidéjusseurs donnés pour les garantir sont libérés. Cette théorie est rigoureuse pour les créanciers dont le dépouillement est complet, puisque leur droit a disparu *jure civili*, et que le préteur ne le leur rend pas. Une action parallèle du préteur et des juristes s'efforça, par des moyens différents, de remédier à la situation, en commençant, comme il arrive toujours, par des cas particuliers :

1° Une action, dite utile, était donnée en vertu de l'édit, au dire de JULIEN, cité par PAUL, contre le maître de celui qui tombe sous sa servitude (4). D'après LENEL, l'existence et la rédaction de la clause se référant à cette matière dans l'édit

---

11, *ad Ed.* D. *h. t.* 7, 2 et 3. — L'extinction est affirmée par PAPINIEN, précisément dans le cas du débiteur déporté, dont il dit : *qui quondam debitor fuit* ; 16 *Resp.* D. 48, 23, *De sent.*, etc. 3.

(1) Cependant, pour la novation, GAIUS, III, 176 dit : « *prima* (*obligatio*) *tollitur translata in posteriorem* ». Quelque sens que l'on donne à ce langage, spécial à la novation, (CUQ, *Man.*, p. 616), il est certain que les fidéjusseurs sont libérés, tandis qu'en cas de confiscation, le but des empereurs est de les maintenir.

(2) Sur la portée de cette expression, v. DESSERTEAUX, *Etudes* etc., I, pp. 173 sq.

(3) ULP. 1, *De adult.* D. 48, 13, *Ad leg. Jul.* etc. 3. « ... *sicut omnia pristina jura, ita et bona amittit.* » Ce texte vise l'*interdictio a. et i.* à laquelle, dit ULPIEN, a succédé aujourd'hui la déportation ; (*hodie* est suspect).

(4) PAUL 11 *ad Ed.* D. 4, 5, *De c. m.* 7, 2 et 3 ; v. mes *Etudes* etc. I, pp. 85 sq.

d'Hadrien (1) demeurent incertaines (2) ; il semble conjecturer que la clause embrassait toutes les peines capitales. Une formule aussi générale dans l'édit paraît difficilement admissible : le droit d'agir contre le Trésor *(aerarium*, puis *fiscus)* a dû s'introduire avec peine ; la procédure de l'action dirigée *in dominum*, avec saisie et vente des biens en cas d'*indefensio*, ne peut, naturellement, être suivie contre l'État (3) ; aussi le rôle de l'action, donnée en vertu de l'édit, ne peut-il guère viser que des cas particuliers (4) du genre de celui que l'intervention de Julien fit admettre *in dominum*. Cependant un texte attribué à Ulpien, donne à cette action un nom impliquant l'idée d'un recours généralisé « *plane dabitur actio in eos ad quos bona perrenerunt eorum* » (5), mais ce nom lui-même est révélateur d'interpolation, et n'appartient pas au droit du temps d'Ulpien (6). Il correspond à une époque plus récente où le droit d'agir contre le fisc a été généralisé (7).

En somme la théorie du préteur aboutit à mettre, dans des cas particuliers, à la charge de celui qui recueille des biens à la suite d'une condamnation, ou d'une entrée en esclavage,

---

(1) Lenel, *Edit perpét.*, (Trad. Peltier, II, p. 158) et 2me éd. p. 405. Le point de départ a été la clause ancienne « *qui exsilii causa solum verterit* » transmise par Cicéron, *pro Quinctio*, 19, 60.

(2) Le cas de l'action *in dominum* donnée : *ut Julianus scribit*, n'était pas visé par l'édit d'Hadrien ; c'est Julien qui fit admettre l'action dans ce cas. Lenel, *l. c.*

(3) Girard, *Man.*7, pp. 206, n. 2. Peut-être une *cognitio extraordinaria* de la catégorie *de capitali crimine* (Callist. 1 *de cogn.* etc...D. 50,13,*De variis* etc. 5 *pr.*) jouait-elle un rôle en cette matière?

(4) L'action était peut-être donnée contre ceux qui ont acquis de l'Etat les biens du condamné vendus à la suite de la *publicatio* ; v. mes *Etudes* etc., I, pp. 89, n. 1 et 2.

(5) Ulp. 12, *ad Ed.* D. 4, 5, *De c. m.* 2 *pr.*

(6) *Plane* est suspect ; Guarneri-Citati, *op. cit. h. v.* ; quant aux mots *eos, eorum*, V. Coli, *op. cit.*, p. 44, a fait remarquer qu'ils se rapportent à deux catégories différentes de personnes (*eos* à ceux qui recueillent, et *eorum* à ceux dont les biens sont recueillis). Un semblable langage n'est pas d'Ulpien ; peut-être est-il la continuation de la glose qui précède (*neque possunt hi* etc...).

(7) V. *infra*, pp. 24 sq.

l'obligation de payer les dettes sur les biens qu'il reçoit ; cette obligation est inhérente à ces biens, puisque le débiteur est libéré de sa dette. L'inconvénient du système est que les fidéjusseurs sont également libérés.

7. — 2° Les juristes ne pouvaient attaquer de front la nullité de droit civil frappant celui qui avait perdu la *civitas* ou la *libertas*, nullité qui entrainait, comme une conséquence nécessaire, la libération des fidéjusseurs ; ils usèrent d'un détour pour arriver à les maintenir. Quand un débiteur meurt sans héritiers, les fidéjusseurs, d'après PAPINIEN (1), restent tenus, par ce motif, à mon avis, que : *hereditas personam sustinet* (2) : la dette subsiste, avec son caractère primitif, *v.g.* d'obligation civile, et avec les fidéjusseurs qui la garantissent, grâce à la fiction introduite par les juristes. Quant aux biens, ils vont au fisc, comme *bona vacantia* (3). Il n'est pas téméraire de penser que les juristes, pour décider que les fidéjusseurs restent tenus, en cas de perte, à titre de peine, par le débiteur, de la *civitas* ou de la *libertas*, se sont servis d'une fiction du même genre. L'analogie avec le cas de mort sans héritier est évidente, puisque le condamné n'a pas et ne peut pas avoir d'héritier (4). Les juristes ont, à mon avis, fait accepter de maintenir l'action du créancier contre les fidéjusseurs, d'abord dans des cas particuliers, et en usant d'une fiction appropriée,

---

(1) 28 *Quaest*, D. 46, 3, *De sol.* etc.., 95, 1 ; *in fine* « *...aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset* . La phrase *quemadmodum — decessisset* n'est pas soupçonnée d'interpolation ; le lien entre les deux hypothèses parait être que l'obligation du fidéjusseur subsiste en vertu d'une fiction.

(2) FLORENT, 8 *Inst.* D. 46, 1, *De fidej.* etc., 22 ; « *...quia hereditas vice personae fungitur* ». C'est à l'aide de fictions diverses, et sur lesquelles ils étaient loin de s'entendre, que les juristes ont résolu les problèmes multiples que soulève l'absence d'héritiers. V. CUQ, *Man.*, pp. 738 sq. ; GIRARD, *Man*[7], pp. 924 sq.

(3) Lex Julia caducaria ; G. II, 150.

(4) PAUL, *libr. sing.* etc., D. 48, 20, *De bon. damn.*, 7, 5 ; Frag. de Modestin, 2, (GIRARD, *Textes*[5], p. 509).

dans laquelle la mort joue un rôle (1) : ce procédé est connu de PAUL et de ses contemporains (2).

Les juristes pouvaient-ils, avec ce moyen, atteindre le fisc ? Je ne le crois pas : le condamné ne peut avoir ni héritier testamentaire, ni héritier *ab intestat* ; par là même il n'était pas possible de traiter le fisc comme s'il était héritier (3). Il fallait trouver autre chose ; ce sera l'œuvre des juristes et des empereurs.

---

(1) Peut-être : *ac si sine herede decessisset*, G. III, 78. V. LENEL, *Edit* etc., (trad. Peltier) II, p. 153.

(2) Dans des textes non soupçonnés d'interpolation, PAUL reproduisant FLORENTINUS (D. 38, 2, *De bon. lib.*, 28 *pr.*) déclare qu'on n'enlève pas au patron de l'affranchi condamné ce qu'il aurait eu si cet affranchi « *sua morte decessisset* », D. 48, 20, *De bon. damn.*, 7, 1 ; v. mes *Etudes* etc., II, pp. 434 sq.. ULPIEN appliquant une formule plus large : *servitus morti adsimilatur*, D. 35, 1, *De cond.* etc., 59, 2 (v. *op. cit.*, II, pp. 393 sq.) décide que le mari de la femme devenue *serva poenae* gagne la dot : *quasi mortua sit* ; D. 48, 20, 5 *pr.* ; et à un tout autre point de vue, il tient pour mort (*pro mortuo*) un *pater exheredatus* ; D. 37, 8, *De conj.* etc., 1, 5 ; (v. *op. cit.*, II, p. 375). Quant au procédé *loco mortui*, son apparition est, à mon sens, postérieure à l'époque classique ; seuls deux textes, tous deux interpolés, le mentionnent ; PAUL, 42, *ad Ed.* D. 38, 2, *De bon. lib.*, 4, 2 ; v. Dig. MOM.-KR. ; et ULPIEN, 39, *ad Ed.* D. 37, 4, *De b. poss. contr.*, 1, 8 ; dont l'interpolation me paraît certaine ; v. *op. cit.*, II, p. 455 sq. Cfr. PAUL MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*, p. 73, et v. COLI, *op. cit.*, pp. 28 sq. Abstraction faite de la question d'interpolation, le procédé *loco mortui* n'est indiqué que dans deux cas concrets ; il n'est pas dit qu'il existe *in omnibus partibus juris*, comme la fiction de mort du captif ; ULP., D. 49, 15, *De capt.* etc., 18. Sur le procédé lui-même, v. *op. cit.*, II, p. 377.

(3) HARTMANN, *Ueber Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportiren* Sav. Stift. IX, 1888, pp. 43 sq., formulant la doctrine traditionnelle (v. CUJAS, *Observ.* XV, 35, et POTHIER, moins précis, *Pand. ad.* D. 46, 1 ; T. III, LXX) considère que le condamné laisse une quasi hérédité (*quasi Erbschaft*, pp. 50 sq.) et est tenu des dettes en qualité d'héritier. Cette théorie est peut-être exacte dans le droit de Justinien, mais il n'y a pas, à ma connaissance, de textes appartenant sûrement au droit classique, qui comparent le fisc, en tant qu'il recueille des *bona damnatorum*, à un héritier ; on pourrait cependant citer : 1° PAUL, 19, *ad Ed.* D. 50, 17, *De div. reg. jur.* 128, 1, mais il y a dans ce texte une généralisation due à Justinien ; v. *infra*, n° 12 ; et 2° PAPINIEN, 3 *Resp.* D. 46, 1, *Defid.* etc., 51, 5 : « *Bonis damnati fidejussoris fisco vindicatis inter fidejussores postea si actio dividi coeperit, [ut heredis, ita] fisci rationem haberi oportet.* » Les biens d'un fidéjusseur condamné sont revendiqués par le fisc ; si on divise ensuite l'action entre

8. Les juristes en raison même de leur rôle et de leurs attributions, ne pouvaient guère recourir qu'à des combinaisons de principes et seulement dans des cas particuliers. En voici un, donné par Ulpien, et sur lequel il n'y a pas trace de controverses. On suppose un *filiusfamilias* qui devient *sui juris* par la déportation de son *paterfamilias*. Au lieu de considérer comme éteinte l'action *de peculio* appartenant aux créanciers contre le *paterfamilias*, on la donne pendant un an contre le fisc, c'est à dire qu'on traite le père déporté comme s'il était

---

les fidéjusseurs, il y a lieu de tenir compte du fisc (*ut heredis*). A mon sens, le texte est interpolé ; on peut supprimer les trois mots *ut heredis ita*, et il conserve un sens complet : il faut tenir compte du fisc. Au *Digeste*, les *successores in universum jus* sont *loco heredis*, d'où l'intercalation par les commissaires des trois mots : *ut heredis ita* dans le texte de Papinien : (*ita* est souvent suspect ; Guarneri-Citati, *op. cit., h. v.*).

Dans d'autres cas d'acquisition par le fisc, tout au contraire, des solutions du droit classique montrent que le fisc est, à certains points de vue, traité comme un héritier ; il est possible de le faire puisque le *de cujus* a laissé une *hereditas* et pouvait avoir des héritiers. *a*) *Caduca* ; celui qui recueille les *caduca* est tenu des charges ; *caduca cum suo onere fiunt* ; Ulp., *Reg.* XVII, 3 ; pour arriver à ce résultat, il y a des traces du procédé employé. Les héritiers qui recueillent le *caducum* sont dits *quasi substituti* (Ulp., 18, *ad leg. Jul.* D. 31, *De leg. II*, 61, 1, citant un rescrit de Sévère, ou dans un cas particulier : *loco non adeuntis* ; Ulp., *Reg.*, I, 21). On ne pouvait employer le procédé de la substitution pour les légataires *partes* et le fisc, mais ils devaient certainement acquitter les charges, comme les héritiers quand ils recueillent ce *caducum*, Girard, *Man.*[7], p. 923, n. 1 et 930. *b*) *bona vacantia* : 1° Julien, 39, *Dig.* D. 30, *De leg. I*, 96, 1. « *Quotiens lege Julia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres a quo relicta erant* ». La comparaison avec l'héritier est formelle ; le procédé employé a dû être : *ac si heres esset* ; la solution une fois consacrée, le procédé a disparu des textes ; 2° le fisc est admis à faire l'équivalent d'une acceptation ou d'une renonciation, ce qui s'appelle : *adgnoscere, admittere, sperare*. Ulp. 4, *Fideicom.* D. 36, 1, *Ad. S^tum Trebel.* 6, 3 ; Ulp., 60, *ad Ed.* D. 40, 5, *De fideicom. lib.*, 4, §§ 17, 19, 20, etc.. *c*) *Bona ereptoria* ; Paul 7, *ad leg. Jul.*, D. 35, 1, *De cond.* etc., 60, 1 ; Papinien, 8 *Resp.* D. 34, 9, *De his quae* etc., 16, 2, le fisc est tenu des mêmes conditions que celui dont il recueille les biens et est soumis aux mêmes charges. Rien ne permet à mon avis de transporter, en droit classique, aux *bona damnatorum* les solutions données pour les *bona vacantia* ; les deux matières sont et resteront parfaitement distinctes ; au Code Théodosien, il y a deux titres différents, IX, 42, *De bonis proscriptorum seu damnatorum*, et X, 8, *De bonis vacantibus* ; de même au Code de Justinien, IX, 49, et X, 10.

mort, cas où, de droit commun, on donne l'action *de peculio* pendant un an contre les héritiers du père (1). Cette décision est doublement intéressante ; elle donne un recours contre le fisc, et dans la limite même de ce qu'il a reçu *(de peculio)*, comme l'action utile du préteur qui permettait au maître de n'être tenu que sur les biens qu'il avait recueillis (2).

On trouve, en matière de dot, de nombreuses solutions dans lesquelles il est difficile de séparer l'action des juristes de celle des empereurs : 1° En cas de condamnation de la femme, quand la dot est confisquée (5 lois le permettent) (3), le mari conserve, d'après Papinien, saines et sauves, ses actions contre le fisc ; « *et omnes omnino maritus salvas actiones contra fiscum habet* (4) ». Ces *omnes actiones* ne peuvent être l'unique action créée par l'édit en cas de condamnations capitales (5) ; ce sont toutes les actions qu'avait le mari et qu'il garde telles qu'elles étaient auparavant *(salvas)*, malgré la confiscation de la dot. Pas de difficulté, s'il s'agit d'une confiscation partielle de la dot avec peine de la relégation (6); mais si la femme a été frappée d'une peine emportant *c.d. maxima* ou *media* (7), comment comprendre que le mari puisse conserver ses actions contre le fisc? Les dettes de la femme ont disparu *jure civili*. Peut-être les lois qui prononçaient la confiscation de la dot réser-

---

(1) Ulp., 29, *ad Ed.* D. 15, 2, *Quando de pec.* etc.., 1, 4. « *...sed et si morte patris vel deportatione sui juris fuerit effectus filius, de peculio intra annum neres patris vel fiscus tenebuntur.* » Pour Ulpien le *fiscus* n'est pas considéré comme l'héritier du père, ou comme assimilé à un héritier ; il sépare avec soin les deux hypothèses. L'action *de peculio* était donnée contre le fisc avec la fiction : *ac si paterf. decessisset.*

(2) Paul, 11 *ad Ed.* D. 4, 5, *De c. m.*, 7, 2. « *... permittendum mihi est in bona quae habuit, mitti..* »

(3) Pour l'identification de ces lois, v. Cujas, *ad lib.* II, *De Adulteriis*, et Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, pp. 116 sq.

(4) 2 *de Adult.* D. 48, 20, *De bon damn.*, 4.

(5) *Supra*, p. 13

(6) Paul, *Sent.* II, 26, 14 ; Mommsen, *Dr. pén.*, II, pp. 426 sq.

(7) Paul, *Sent.* V, 23, 1 ; 24, 1 ; 26, 1 ; 29, 1. Just., *Inst.* IV, 18, 3—5

vaient-elles les actions du mari et les donnaient-elles contre le fisc? (1)

2. En cas de condamnation du père qui avait promis de doter sa fille, le mari a le droit de réclamer la dot sur les biens confisqués (2). Si le père, après avoir donné une dot à sa fille, est condamné, la seule prétention du fisc pourrait être de réclamer la dot, si la fille vient à mourir *in matrimonio*. MACER déclare le fisc sans droit, même dans ce cas, mais le cas de fraude est réservé (3).

Si c'est après la dissolution du mariage de sa fille que le père est condamné, on distingue : si le père, avant sa condamnation, a exercé l'action *rei uxoriae* et fait *litis contestatio, adjuncta filiae persona* (4), il a acquis un droit à la dot ; ce droit passe au fisc qui la réclamera au mari. Mais si le père est condamné avant d'avoir agi, il n'a rien acquis ; la fille conserve son droit à la répétition de sa dot (5). Cette décision, conforme aux principes, fut modifiée dans un sens favorable à la fille ; d'après PAPINIEN : *Post divortium quoque patre damnato, cui quidem consentiente muliere competierat, aeque dotis actio mulieris est* (6). Les faits me paraissent se suivre ainsi : la fille divorce.

---

(1) D'une part, on ne voit pas trace, dans les textes, des procédés auxquels auraient eu recours les juristes pour faire considérer comme non avenue la nullité des dettes de la femme ; et d'autre part, la théorie des empereurs d'après laquelle le patrimoine confisqué passe au fisc avec ses dettes, n'existe pas encore. V. *infra*, n° 9.

(2) MACER, *lib.?* *de publ. jud.* D. 48, 20, *De bon. damn.*, 10, *pr.* PAPINIEN rapporte (29 *Quaest.* D. 22, 1, *De us.* etc., 6, 1) que la fille de Fl. Athanagoras, dont les biens avaient été confisqués, prouve que son père payait les intérêts de la dot ; l'empereur Sévère voit là la preuve que le père s'était obligé à payer le capital de la dot et condamne le fisc à la fournir.

(3) MACER *l. c.*, D. 8, 4 ; et CALLIST., D. *h. t.*, 9 ; PAPIN., D. 24, 3, *Sol. matr.*, 42 *pr.*

(4) ULP., *Reg.* VI, 6 ; c'est lors de la *litis contestatio* que la fille, si elle est *alieni juris* à ce moment-là, doit prêter son concours à son père dans l'*a. rei uxoriæ* (les textes emploient l'expression très concise de *consentire*) MACER, *l. c.* 10 1 ; ULP. 33 *ad Ed.* D. 24, 3, *Sol. matr.*, 22, 5.

(5) MACER, *l. c.* 10, 1. « *Si antequam consentiret ei, condamnatus est, ipsa repetitionem habet.* »

(6) 4 *Resp.*, D. 24, 3, *Sol. matr.* 42, *pr.*

puis coopère à l'exercice de l'action *rei uxoriae* par son père ; celui-ci subit une condamnation à la déportation (cas prévu au début du texte) qui rend la fille *sui juris*. D'après MACER, le droit du père à la dot passe au fisc. D'après PAPINIEN, la fille a droit à l'action *rei uxoriae* et à sa dot, comme si elle n'avait pas coopéré à l'exercice de son action (1).

Ces solutions, relatives à l'action de *peculio* et à la dot (2) ont bien le caractère de cas particuliers formulés par des juristes (3). Avec les empereurs une théorie est présentée, mais elle se place, non pas au point de vue de la perte de la *civitas*

---

(1) La Florentine, dans le texte de PAPINIEN omet *cui*, et porte : *quidem consentiente filia non petierat*, ce qui met PAPINIEN et MACER d'accord. La version *competierat* est admise (Dig. MOMMSEN-KRUEGER) ; il y a là une solution de faveur sacrifiant le droit du fisc à celui de la fille. A mon avis, elle est postérieure à PAPINIEN, dont le texte a été remanié. Sans parler de l'interpolation traditionnelle de *dotis actio* pour *a. rei uxoriae*, *competere* est une expression chère à Justinien (BESELER, *op. cit.*, I, p. 114 ; GUARNERI-CITATI, *h. v.*). Enfin la contradiction de deux juristes contemporains, MACER et PAPINIEN, sans aucune indication de controverse, est suspecte. Le texte de MACER, comme tous ceux de la fin du titre de *bon. damn.* a été restitué à l'aide des *Basiliques* ; il peut n'avoir pas passé par les mains des commissaires de Justinien, et reproduire une distinction du droit classique que les textes du titre : *Soluto matrimonio* (ULPIEN, 22, 5 ; JULIEN, 31, 2 ; JAVOLENUS, 66, 2) indiquent nettement. Cfr. ESMEIN, la nature originelle de l'action *rei uxoriæ*, N^elle *Rev. hist.*, 1893, 17, pp. 161 sq.

(2) Pour laisser au droit sa physionomie propre, j'ai donné les solutions sans séparer l'acquisition des créances par le fisc, de sa contribution aux dettes.

(3) Voici une autre combinaison : le quasi-usufruit, organisé par un S^te du début de l'Empire, comporte une promesse du quasi-usufruitier de restitution *cum morietur aut capite minutus erit*. GAIUS 7, *ad Ed. prov.* D. 7, 5, *De us.* etc. 7, et PAUL, 1 *ad Ner.* D. *h. t.* 9 ; v. RENARD, *Contribution à l'histoire de l'autorité législative du Sénat romain* ; pp. 75 sq. Cette organisation repose sur la validité de la promesse dans les deux cas mis exactement sur la même ligne par GAIUS, III, 101. « QUICUMQUE *de morte diximus*, EADEM *et de c. d. dicta intellegimus.* » ; il y a donc une action *ex stipulatu* donnée au nu-propriétaire : 1° contre les héritiers de l'usufruitier dans le 1^er cas, et 2° contre le Trésor public dans le 2^me (l'interdit *a. et i.*, le *servus poenæ* ne peuvent être poursuivis). Peut-être le Sénat de cette époque, qui n'avait pas encore le pouvoir de faire du droit civil, avait-il demandé au prétour de protéger le nu-propriétaire par un moyen tiré de sa juridiction? Quelque soit le moyen employé, la validité certaine de la promesse implique, semble-t-il, qu'il y avait un recours contre le Trésor.

ou de la *libertas*, mais à celui de la confiscation, ce qui change, en l'élargissant, le terrain sur lequel s'édifie cette théorie.

9. — 1. En 200, Sévère et Antonin déclarent : « *Si Lysias adempta parte bonorum exulare jussus est, non nisi pro parte quam retinuerit creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerint, jure pristino conveniri possunt* » (1). Ce texte suppose une confiscation partielle, probablement à la suite d'une condamnation à la rélégation à perpétuité (2) ; il spécifie que le débiteur n'est plus tenu vis-à-vis de ses créanciers, que pour la part qu'il a conservée et que les fidéjusseurs peuvent être poursuivis *jure pristino*, c'est-à-dire, à mon sens, comme par le passé (3).

2. En 213, un tuteur ayant été condamné, en vertu de la loi Julia *de vi privata*, à la confiscation d'un tiers de ses biens, Antonin Caracalla, consulté par le pupille, lui répond : *actionem tutelae pro ea portione adversus fiscum dirige*. Il semble bien qu'il n'y ait encore de recours contre le fisc que dans des cas particuliers très favorables, comme celui du pupille. L'empereur ajoute un motif juridique, qui apparaît pour la 1re fois dans les textes : *nam successio oneribus portionis suae respondet*. La *successio* (acquisition réalisée par le fisc) répond des dettes de la portion qu'il recueille (4). Les deux constitutions qui précèdent, et qui semblent bien être des décisions d'espèces, se placent en dehors des cas où il y a perte de la *civitas* ou de la *libertas* : aucune cause d'extinction n'a atteint la dette ; l'empereur en donnant l'*actio tutelae*, et en déclarant, dans ce

(1) C. 8, 49, (41) *De fid.* etc., 1.

(2) Le patrimoine du déporté est entièrement confisqué ; quant à la relégation à temps, elle n'est pas accompagnée de confiscation même partielle ; Mommsen, *Dr. pén.* III, pp. 364 sq.

(3) Si on suppose une confiscation de moitié des biens, les fidéjusseurs sont tenus à la moitié pour la part conservée par Lysias, et à l'autre moitié pour celle prise par le fisc.

(4) C. 9, 12, *Ad. leg. Jul.* etc. 2 ; sur l'expression *successio* et ses acceptions aux diverses époques du droit, et les interpolations, v. Longo, *L'origine della successione particolare*, B. I. D. R., XIV, pp. 128 sq. et XV, pp. 283 sq.

cas, que : *successio oneribus portionis suae respondet*, montre que la conception sous-entendue, à laquelle il obéit, est celle de la transmission de la dette au fisc avec la portion acquise par lui.

3. Dans une matière voisine, celle de la *restitutio*, on trouve une constitution non datée d'ALEXANDRE SÉVÈRE (222-235) qui prévoit deux cas : *a)* une confiscation totale frappe un débiteur, qui plus tard, est restitué dans la cité ; quoique le prince, sur sa demande, lui ait rendu *aliquid*, c'est-à-dire un objet, un bien particuliers, il reste libéré des dettes antérieures à sa condamnation (1) ; *b)* s'il a reçu une part de ces biens (2) · moitié *c. g.*, il est tenu de ses dettes proportionnellement à cette part (3).

---

(1) C. 9, 51, *De sent.* etc. 3. « *Si debitor poenam sententiæ passus est, quam bonorum ademptio secuta est, quamvis postea civitati Romanæ restitutus non totam substantiam, sed aliquid ex indulgentia principis ut haberet, impetravit, æris tamen alieni ex præcedente tempore poena liberatus est.* »

(2) Cfr. JULIEN, 18, *Dig.* D. 24, 3, *Sol. matr.*, 31 *pr.*, qui supposant une confiscation partielle, ne peut viser le déporté, quoique HARTMANN l'ait soutenu; *Ueber Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportiren* (Sav. Stift., 9, 1888, p. 50). MOMMSEN D. propose d'insérer *pro ea parte* ; le fisc n'est tenu que dans cette limite.

(3) C. *h. t.* 3, 1. « *Sin vero partem bonorum accepit, pro rata portione ejus tenetur.* » Quelle est la conception juridique ? PAPINIEN, supposant que tout le patrimoine a été restitué au déporté, déclare que les actions directes compètent aux créanciers ; 16 *Resp.* D. 48, 23, *De sent. pass.* 3. « *Quod si bona cum dignitatis restitutione concessa reciperaverit, utiles actiones necessariae non erunt, cum et directæ competunt.* » PAPINIEN interprète la restitution des *bona* (c'est-à-dire du patrimoine) comme comprenant les dettes, ainsi que l'admet PAUL dans son commentaire de l'édit qui semble avoir été composé en partie sous Commode (180-192). « *Princeps « bona » concedendo videtur etiam obligationes concedere.* » 12 *ad Ed.* D. 50, 16, *De v. s.* 21. *Obligationes* comprend les créances et les dettes ; v. dans ce sens POTHIER, *Pand. ad h. l.* Les textes conservent des traces de divergences entre juristes au sujet de l'interprétation de la *restitutio* du prince (v. C. Th. 9, 43, *De sent. pass.* 1 ; ULPIEN 5, *Op.* D. 48, 23, *De sent. pass.* 1, 1,) ; des juristes, sans doute, considéraient les dettes du déporté comme définitivement éteintes *jure civili*, et ne donnaient que les actions utiles en vertu de l'édit. PAPINIEN dans son *responsum* déclare : *et directae competunt* ; la *restitutio* a effacé la perte de la *civitas* et la *c. d.* qui en était résultée ; les créances contre le restitué renaissent. M. COLI, *op. cit.*, pp. 43, supprime comme interpolés *non* et *cum directae competunt*.

Du cas de *restitutio*, on peut rapprocher celui de la *portio concessa*. Quand la faveur du prince la rend, aux héritiers *v. g.*, on admet généralement, quoiqu'il n'y ait pas de texte précis, qu'elle est grevée de la charge proportionnelle des dettes (1).

4. Philippe, C. 9, 49, *De bon. prosc.* etc... 5. « *Sic, ut proponis, bona ejus qui tutelam administravit, sententiam passi ad fiscum sunt devoluta, procuratorem nostrum* (2) *adire cura, qui, si quid jure posci animadverterit, non negabit* » (3).

On ne comprendrait guère la réponse de l'empereur, si, à cette époque, il y avait eu un recours général contre le fisc : par là même la décision d'A. Caracalla (de 213), permettant d'agir dans le même cas d'un pupille dont le tuteur a subi la

---

de sorte que PAPINIEN aurait dit : *utiles actiones necessariae erunt*. L'auteur n'invoque aucune raison de forme ou de fond pour justifier l'interpolation ; elle est la conséquence de sa conception particulière de la *capitis deminutio*. D'après lui, celle-ci consiste dans une altération de la condition familiale (*status* = *familiae permutatio*) ; elle est unique et ouvre l'action de l'édit ; mais quand à la *c. d.* s'ajoute la perte de la *civitas* ou de la *libertas*, qui, dans ce système, sont complètement indépendantes de la *c. d.*, cette perte met obstacle à ce que le remède prétorien puisse fonctionner. Quand cet obstacle a disparu, *v. g.* par la *restitutio* du prince, l'action de l'édit redevient possible, et c'est ce que constate PAPINIEN en déclarant nécessaires les actions utiles. JUSTINIEN comprenant mal l'unité de la *c. d.* classique, en a fait trois *c. d.* qui sont autant d'institutions distinctes, et il a interpolé tous les textes classiques pour les mettre d'accord avec sa conception. Pour accepter l'interpolation du texte de PAPINIEN proposée par M. COLI, il faudrait que son système sur la *c. d.* s'imposât. M. COSTA, l'appréciant dans son ensemble (*Storia del diritto romano privato*, 2me éd. 1925, p. 163, n. 2) dit : *la congettura è ingegnosa, ma mi sembra ben lungi che dimostrata*. V. dans mes *Etudes* etc., II, n° 396*bis*, l'exposé et la critique du système de M. COLI. Dans une tout autre hypothèse, quand il s'agit des *bona postea adquisita* du déporté, il est tenu, sur ces biens, des actions utiles (*ac si civis esset*) des contrats passés par lui ; ULP. D. 48, 22, *De interd.* etc., 14, 3. HUGO KRUEGER, *Geschichte der Capitis deminutio*, p. 5, a établi ce point. Cfr. PAUL, 22, *ad Ed.* D. 17, 1, *Mand.* etc., 22, 5, pour l'action utile de mandat ; PAUL ajoute que ce qui est acquis au déporté après la condamnation (*quidquid postea adquiritur*) n'est pas pris par le fisc (*non sequitur fiscum*) ; ce n'est qu'après sa mort que le fisc s'en empare, PAUL, D. 48, 20, *De bon. damn.*, 7, 5.

(1) PAUL, *lib. sing.* etc. D. 48, 20 p., 7 *pr.* ; HARTMANN, *l. c.*, pp. 30 sq.

(2) MOMMSEN, *Dr. pén.*, III, p. 385, n. 8, place au IIIme siècle l'apparition du *Procurator ad bona damnatorum*.

(3) Philippe, empereur, 224-249.

confiscation, apparaît bien avec le caractère de décision d'espèce (1).

10. — 5. J'arrive enfin à la constitution précitée de Dioclétien de 293 (2). Les textes, rapportés au Code de Justinien, des empereurs Sévère et Antonin, puis de Caracalla traitaient de la confiscation partielle. Le texte de Dioclétien pose une règle générale relative à la confiscation totale ; il constate le maintien des fidéjusseurs, ce qui implique que malgré la *c.d.*, et la perte de la *civitas* ou de la *libertas*, la dette primitive n'est pas considérée comme éteinte. Sans doute, il sous-entend la règle posée par Caracalla : *successio (fisci) oneribus portionis suae respondet.* On arrive ainsi à une théorie unique réglant la confiscation totale ou partielle, sans distinguer selon qu'il y a eu *capitis deminutio* ou non (3) ; l'extinction de la dette à la suite de la *c.d.* se trouve, en fait, éliminée du droit. Comment est-on arrivé là ? Tant que le système formulaire subsista, les trois théories précédentes, dont chacune n'avait qu'une portée restreinte, coexistèrent : 1° l'action prétorienne qui semble difficilement permettre d'atteindre le fisc ; 2° la fiction de mort sans héritier du condamné à la perte de la *civitas* ou de la *libertas*, fiction qui permet aux juristes de faire considérer les fidéjusseurs de la dette comme maintenus ; 3° la théorie créée par les empereurs : *successio (fisci) oneribus portionis suae respondet.* Avec le système formulaire, disparaissent les formes particulières à ces solutions (action prétorienne, fiction

(1) De même celle de Sévère et Antonin, visant le condamné Lysias ; *supra*, p. 21.

(2) *Supra*, p. 3 n. 4. C'est la const. de 294 qui est considérée comme consacrant définitivement la réforme, lentement accomplie, et connue sous le nom de système extraordinaire de procédure ; GIRARD, *Man.*[7], pp. 1139 sq.

(3) La confiscation totale résulte de plein droit de la condamnation à la déportation ou à la servitude ; CALL. 1, *De jur. fisc.* D. 48, 20, *De bon. damn.* 1 *pr.* ; mais elle se rencontre aussi dans la relégation à perpétuité, et dans ce cas il n'y a pas *c. d.* ; PAUL, *Sent.*, V, 22, 3, cite un cas concret ; en fait elle était souvent prononcée dans d'autres cas ; MOMMSEN, *Dr. pén.*, III, p. 364, n. 4 et ses références ; enfin, en cas de confiscation partielle accompagnant la rélégation à perpétuité, il n'y a pas *c. d.*

de mort), mais les solutions restent, et leur réunion, avec les caractéristiques antérieures, se condense peu à peu dans une théorie unique et généralisée. Celle-ci emprunte à l'action donnée en vertu de l'édit la règle que le fisc n'est tenu que dans la limite de ce qu'il reçoit et aux juristes le maintien des fidéjusseurs. Enfin le recours des empereurs, limité au début à des cas particuliers, s'étend peu à peu à tous les cas où le fisc recueille les biens des condamnés. Est-ce une théorie nouvelle qui par un phénomène anormal dans le domaine de l'histoire du droit apparaîtrait tout d'un coup? Je ne le crois pas. Les empereurs dans les constitutions précitées qui, chronologiquement sont la suite des décisions des juristes (1), ne font, à mon avis, qu'en préciser et en développer les conceptions. Le germe de leur théorie est dans les *Quaestiones* de PAPINIEN maintenant les fidéjusseurs du débiteur mort sans héritier (2); ce maintien implique l'existence de la dette, mais, en réalité, cette dette n'a plus de sujet ; le débiteur est mort sans héritier, et même — quand on étendit la théorie au débiteur déporté ou devenu *servus poenae*—insusceptible d'avoir des héritiers. On s'habitue ainsi à cette conception qu'une dette peut, dans certains cas, grever un patrimoine qui n'a plus de titulaire et ne peut plus en avoir. Les empereurs n'eurent qu'à tirer les conséquences de l'idée ; la dette, considérée comme inhérente au patrimoine, se transmet avec lui, et son exécution est nécessairement limitée à sa consistance, idée qui était à la base du recours créé par le préteur et qui depuis est resté un élément traditionnel et essentiel de la théorie (3).

---

(1) Les *Quæstiones* de PAPINIEN, furent composées du temps où Sévère était seul empereur (193-198) et les *Responsa* à l'époque où Sévère et Caracalla étaient associés au trône. Ce dernier ouvrage n'est pas antérieur à 206, du moins à partir du livre 5; c'est probablement à la même époque que PAUL écrit sa monographie : *de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur* (P. KRUEGER, *Sources* etc., pp. 264, 266 et 279).

(2) *Supra*, p. 15.

(3) Ainsi s'explique qu'on ait pu donner au recours généralisé et admis contre le fisc, après l'époque classique, le nom d'action *in eos ad quos bona*

11. Il reste un point à préciser ; dans le système du préteur, on sait que le maître de celui qui est tombé sous sa servitude a un choix : il peut défendre à l'action, et alors il est tenu personnellement et *in infinitum* ; mais il peut aussi ne pas y défendre, et laisser les créanciers vendre les biens (1). La procédure de saisie des biens par les créanciers n'étant pas admissible contre l'Etat, le choix, inhérent au système du préteur, disparait dans la théorie des empereurs, et le fisc, continue, comme dans la conception prétorienne, à être tenu sur les biens recueillis par lui. S'il n'a pas fait inventaire, ce qui devait être exceptionnel, il est tenu, faute de pouvoir prouver la consistance des biens qui lui sont advenus, de payer intégralement les créanciers (2) ; mais s'il est dans la situation normale, et a fait inventaire (3), aucun texte, à ma connaissance, ne le compare, avant Justinien, à un héritier (4). Il est tenu, parce que des biens, grevés de dettes *(portiones)*, sont entre ses mains ; en un mot, — et il n'apparaît aucun doute dans les textes — il n'est pas tenu personnellement (5).

---

pervenerunt (D. 4, 5, 2 *pr.*) auquel un glossateur ou un copiste a maladroitement ajouté *eorum* ; *supra*, p. 14 n. 6.

(1) Paul, 11, *ad Ed.* D. 4, 5, *De c. m.* 7, 2.

(2) Windscheid, *Pand.*, III, § 622, n° 3.

(3) Deux constitutions de 369, de Valentinien, Valens et Gratien, faisant une obligation de la pratique courante, prescrivent au fisc de faire inventaire, l'une pour les biens des condamnés, C. 9, 49, *De bon. proscr.* etc, 7, et l'autre pour les *bona vacantia*, C. 10, 10, *De bon. vac.* 3.

(4) V. *infra*, n° 12 un texte de Paul, manifestement interpolé.

(5) Pour les *bona vacantia* et *ereptoria*, il en est autrement; le fisc a été mis à peu près dans la situation d'un héritier (v. *Supra* p. 16 n. 3). Par suite de cette fiction, il est tenu personnellement, et ne peut limiter sa responsabilité qu'en invoquant le bénéfice d'inventaire créé par Justinien en 531; C. 6, 30, *De jur. delib.*, 22. Il est connu que dans le passé, le fisc, d'après Labeon, acquiert *ipso jure* les *bona* même quand ils sont *non solvendo*. C'est là la conception du pur droit civil ; le fisc acquiert ; les dettes sont éteintes, et les créanciers dépouillés; l'édit perpétuel, plus soucieux des droits des créanciers, leur permet de les faire vendre ; Call. *de jur. fisc.* D. 49, 14, *De jur fisc.* 1, 1 ; V. Vangerow, *Pand.* II, § 564, IV ; Pernice, *Labeo*, I, p. 347. Le magistrat qui a dirigé le procès criminel, en présence de l'insolvabilité du condamné, considère qu'il n'y a pas lieu de revendiquer les biens (*vindicare*

Ainsi, ce sont les efforts combinés du préteur dans l'édit, étendu par Julien (1), des juristes — et parmi eux l'action de PAPINIEN paraît avoir été prépondérante (2) — enfin des empereurs à partir de l'an 200, qui ont concouru à l'établissement d'un recours général contre le fisc donné aux créanciers du débiteur condamné et à l'élargissement de la théorie de la confiscation. Celle-ci devient peu à peu la cause juridique du transfert du patrimoine tout entier, et par conséquent des dettes elles-mêmes (3), de telle sorte que les effets qui accompagnent les *c.d. maxima* et *media*, et la perte de la *civitas* ou de la *libertas* (4) sont peu à peu relégués à l'arrière plan, ou rattachés à la confiscation (5).

---

est l'expression consacrée pour les *bona damnatorum* comme pour les *caduca*. PAP. 3, *Resp.* D. 46, 1, *De fid.* etc., 51, 5 : *bona damnati fidejussoris fisco vindicatis*) et les laisse vendre par les créanciers. MOMMSEN, *Dr. publ.*, IV, p. 253.

(1) *Supra*, p. 13 sq.

(2) *Supra*, p. 15 sq.

(3) Les dettes, autrefois éteintes *jure civili*, passent sur la tête du fisc, mais considérées comme inhérentes aux *portiones* acquises au fisc, elles prennent une sorte de caractère réel qui limite à ces *portiones* la responsabilité du fisc; v. *supra*, p. 25 sq.; cette théorie disparaît devant les innovations de Justinien ; en mettant tout successeur à titre universel *loco heredis* il le considère comme tenu en cette qualité, c'est-à-dire personnellement, mais il vient à son secours au moyen du bénéfice d'inventaire ; v. *infra* p. 30 sq.

(4) Le développement de la théorie de la *restitutio* du prince a contribué pour une part, à mon avis, à l'effacement des effets de la perte de la *civitas* ou de la *libertas*; ainsi le testament n'est plus définitivement brisé (*ruptum*) ; il est affecté d'un vice dont il peut guérir (*convalescere*), v. mes *Etudes*, etc., nos 398 sq. L'effacement de la théorie des *c. d. maxima* et *media* est indiqué par les nouvelles habitudes du langage; au *Digeste*, il y a de nombreux titres où l'expression *c. d.* devrait se trouver et d'où elle est absente ; *v. g.*, 1, 5, *De stat. hom.*, 38, 1; *De op. lib.*; 38, 2; *De bon. lib.*; 48, 19, *De poen.*; 48, 20 ; *De bon. damn.*; 48, 22. *De interd. etc.*, etc.. L'expression *c. d.* tend à disparaître, surtout pour les *majores c. d.* Au Code de Justinien, il n'y a pas de titre *de capite minutis* ; dans les const. antérieures à Justinien, l'expression se rencontre trois fois, mais visant la *minima c. d.* (5, 30, 2, et 4 ; 6, 55, 10) et trois fois dans les const. de Justinien, C. 3, 33 ; 16 pr. 2 et 3 et 17, *pr.* 1 ; 6, 58 ; 15, 1*b* ; mais ce dernier texte parle de l'émancipation du passé, qu'il considère comme une subtilité V. mes *Etudes* etc., II p. 530,

(5) L'introduction de la confiscation comme cause d'effets juridiques à côté ou à la place de la *c. d.*, est due à une évolution post-classique ; c'est

12. Il ne rentre pas dans le cadre de cet article de retracer l'histoire de la confiscation de Dioclétien à Justinien ; je crois devoir, cependant, signaler deux textes, en raison de leur attribution à des juristes classiques, mais qui, à mon avis sont interpolés.

1° Paul 19 *ad Ed.* D. 50, 17 *De div. r. j.* 128, 1. « *Hi, qui in universum jus succedunt, loco heredis habentur* ». Tout successeur à titre universel est, en principe, assimilé à un héritier. Cette généralisation ne peut être connue de Paul ; le maître de celui qui tombe sous sa servitude, et l'adrogeant sont des succes-

---

par voie d'interpolation que les textes en font mention ; en voici un exemple. Gaius, pour justifier l'infirmation des testaments invoque (II, 145) la *c. d.*, ce qui comprend la perte de la cité ou de la liberté ; I, 160, 161, textes auxquels il renvoie. Un fragment à lui attribué (17 *ad Ed. prov.* D. 28, 1, *Qui test.* etc..., 8, 4) porte : « *Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur : unde apparet amittere eos testamenti factionem* ». La perte de la *libertas* (Gaius devait écrire, *civitatem libertatemque*, comme au I, 160) est la raison juridique suffisante ; l'addition : *bonaque eorum publicantur* est, en droit classique, sans portée juridique ; le fait, pour un citoyen, d'être dépouillé de ses biens, *v. g.* en cas de *bonorum venditio*, ou de *cessio bonorum*, est, par lui seul, sans influence sur sa *testamenti factio* ; il en est de même, en cas de confiscation totale, quand il n'y a pas perte de la *civitas* (Paul, *libr. sing.* etc. D. 48, 20, *De bon. damn.*, 7, 5), *v. g.*, en cas de rélégation à perpétuité (*supra*, p. 24, n. 3). L'addition, *bonaque eorum publicantur*, est peut-être antérieure à Justinien ; elle se comprend à une époque, où la confiscation totale, — comme la const. de Dioclétien en offre déjà un remarquable exemple — tend à jouer un rôle dans l'élaboration des théories juridiques. Dans la conception nouvelle, le sort des *bona* et du testament apparaissent de plus en plus comme liés ensemble ; quand les *bona* sont confisqués, le testament tombe, et il reprend sa force quand les *bona* sont rendus par le prince au condamné (*convalescet*, dit Ulpien, 10 *ad Sab.* D. 28, 3, *De inj.* etc. 6, 12, dans une petite phrase citée comme interpolée par V. Coli, *op. cit.*, p. 29, tandis que Biondo Biondi, *La convalidazione del codicillo fatto dell' incapace*, p. 10 (1911), reproduit le texte sans mentionner l'interpolation). Ce concept objectif du droit tend à s'affirmer parce que par un mouvement qui remonte à l'édit d'A. Caracalla, la notion de la *civitas* perd peu à peu la précision qu'elle avait dans le droit classique antérieur (V. Coli, *op. cit.*, pp. 39-40) de sorte que l'on tend de plus en plus à rattacher les effets produits à la confiscation ; aussi les interpolateurs des textes classiques ajoutent-ils au motif du droit classique, la perte de la *civitas* ou de la *libertas*, le motif du droit nouveau, la confiscation (*unde apparet* etc.).

seurs *per universitatem* ; G. III, 82 Cfr. II, 98, et Just. *Inst.* III, 10 *pr.* et 12, 1, et, dans aucun texte classique, ils ne sont dits *loco heredis*. Elle est de Justinien ; après 531, date d'introduction du bénéfice d'inventaire, les successeurs à titre universel peuvent user de ce bénéfice. Justinien a introduit au *Digeste*, sous le nom de PAUL, une *regula juris* (procédé qui lui est familier) pour constater une généralisation que le droit classique n'a pu connaître.

2° Javolenus, 9 *Epist.* D. 49, 14 *De jur. fisc.* 11. « *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt* ; *id enim bonorum cujusque intellegitur, quod aeri alieno superest* ». Les auteurs qui ne doutent pas de l'authenticité de ce texte, en donnent diverses explications. V. DE VANGEROW, *Pand.* IV, § 564, IV, et les citations ; Pernice, *Labeo* I, pp. 347 sq. ; WINDSCHEID, *Pand.* III, § 622 n° 3. Pour étudier le texte, il y a lieu d'examiner ses deux propositions : *a)* la formule : *non possunt ulla bona ad fiscum pertinere*, est une généralisation inconnue de Javolenus ; de son temps, les cas d'acquisition par le fisc forment des théories distinctes et fort différentes, v. *supra* p. 16 n. 3. Dans le droit du *Digeste*, au contraire, les successeurs à titre universel sont tous dits *loco heredis*, avec droit au bénéfice d'inventaire. Les commissaires de Justinien ont mis le texte d'accord avec la généralisation nouvelle (en supprimant, v. Dig. MOMMSEN-KRUEGER, le mot *dimissis* qui figurait peut-être après *creditoribus* dans le texte de Javolenus, faisant ainsi une règle générale d'un cas tout spécial). Pris en lui-même, le texte révèle une contradiction : les mots *bona ad fiscum pertinere* se réfèrent à la manière dont le fisc acquiert (*ipso jure* au temps de Labéon, tandis que d'après l'édit perpétuel, le fisc peut, en cas d'insolvabilité, laisser les créanciers vendre les biens). Cet ordre d'idées a pu être connu de Javolenus. La phrase *nisi* etc. (*nisi* est suspect) se place à un autre point de vue : dans quelles limites le fisc est-il tenu? L'interpolation fait un mélange de ces deux ordres d'idées.

b) La 2me phrase : *id enim — superesi* est une forme de la règle : *non sunt bona nisi deducto aere alieno*, qui servait en droit classique, à fixer la consistance du patrimoine, soit pour appliquer la loi Aelia Sentia en cas d'affranchissements *in fraudem creditorum* (Paul 53 *ad Ed.* D. 50, 16. *De v. s.* 39, 1 ; le livre 53 *ad Ed.* présente une théorie générale de l'affranchissement; P. Krueger, *Sources* etc. p. 275) soit pour le calcul des diverses quartes. Justinien, qui s'inspire de la règle sans la citer *in terminis* (C. 6, 30 *De jur. delib.* 22, 4 et 4*a*), applique pour la 1re fois, à mon avis, la règle dans les rapports de l'héritier et des créanciers héréditaires ; d'où son introduction dans le texte de Javolenus.

Il reste à préciser la situation du fisc recueillant des *bona damnatorum*, au point de vue de sa responsabilité, soit avant, soit après l'introduction du bénéfice d'inventaire. Si on admet les idées que j'ai exposées avec les const. précitées (*supra* p. 25) ce sont les biens recueillis par le fisc qui répondent des dettes jusqu'à due concurrence ; le fisc n'est pas tenu personnellement. Il suit delà, à mon avis, que le cas fortuit venant à diminuer ou à supprimer les biens, diminue ou supprime sa responsabilité à l'égard des créanciers. Quel est le droit du *Digeste*? La formule générale de Paul, interpolé par Justinien, donne au fisc le droit à invoquer le bénéfice d'inventaire. Mais a-t-il intérêt à user de ce bénéfice? Oui, si l'on pense, qu'avant Justinien, il était tenu *in infinitum* (de Vangerow, *l. c.* IV) ce qu'il est difficile de croire. S'il n'était tenu que jusqu'à concurrence des biens recueillis par lui (v. *supra* p. 26) le bénéfice d'inventaire changerait bien peu de chose à sa situation ; comme héritier bénéficiaire, il est d'après les uns libéré par la perte par cas fortuit (Accarias I, p. 945, n. 2); d'après d'autres, il reste personnellement tenu jusqu'à concurrence de l'actif constaté par l'inventaire (Percerou, *De la liquidation du passif héréditaire*, *Rev. trim. de dr. civil* 1905, p. 589 sq.; Cuq. *Man.* p. 747 n. 3) ; la question est discutée entre les

interprètes. Ce minime intérêt pratique n'a pas été aperçu au temps de Justinien ; au Code 9, 49, *de bonis proscriptorum seu damnatorum*, il n'y a aucune constitution de cet empereur.

Fernand Desserteaux.

L'ACTION DE LA LOI PLAETORIA

PAR

J. DUQUESNE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

DE L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

L'ACTION DE LA LOI PLAETORIA

PLAN. — I. Y a-t-il une ou deux actions qui tirent leur origine de la loi Plaetoria? — II. Thèse de la dualité d'actions de la loi Plaetoria. — III. Il n'y a pas eu d'action de la loi Plaetoria qui aurait été, à l'époque des Actions de la Loi, le précurseur de l'*exceptio legis Plaetoriae*. — IV. Il n'y a pas eu d'action pénale publique de la loi Plaetoria. — V. La loi Plaetoria n'a créé qu'une action pénale de droit privé ayant le caractère d'action populaire. — VI. Explication de l'alternative de la Table d'Héraclée, l. 111-112. — VII. Le problème du précédent de l'*exceptio legis Plaetoriae* est indépendant du problème de l'action de la loi Plaetoria.

I. La présente Note est une contribution à l'étude du problème depuis longtemps discuté de la sanction de la Loi Plaetoria.

On connaît les deux courants qui se dessinent à cet égard parmi les romanistes.

Un premier groupe, de beaucoup le plus nombreux, soutient que la loi Plaetoria aurait été sanctionnée par deux actions : l'une, action pénale publique, tendrait à faire punir d'une amende celui qui, par des manœuvres dolosives, aurait circonvenu un mineur de 25 ans et entrainerait pour le condamné certaines déchéances accessoires, comme l'exclusion du sénat municipal ; l'autre, action de droit privé, permettrait au mineur circonvenu d'obtenir la restitution du simple ou d'un multiple de la prestation faite en exécution de l'acte juridique dans lequel il a été circonvenu (1).

---

(1) En ce sens, v. notamment SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, t. 2, pp. 333-343, qui admet, à côté de l'action pénale publique, une action préjudicielle *per sponsionem* portant sur le point de savoir si le mineur a été circonvenu contrairement à la loi Plaetoria. Cette seconde action aurait été remplacée

Un autre groupe de romanistes affirme, au contraire, que la loi Plaetoria n'était sanctionnée que par une action de droit privé, ouverte éventuellement à tous comme action populaire, tendant à faire infliger une peine pécuniaire à l'auteur de la *circumscriptio adulescentis* et entraînant pour le condamné les déchéances accessoires mentionnées plus haut (1).

Ces opinions divergentes se fondent sur l'interprétation de quelques textes peu nombreux, dont la liste peut être considérée comme close depuis la publication qui a été faite en 1888 du fragment *de formula Fabiana* (2). Il semble, dès lors, qu'en l'absence de documents nouveaux les romanistes doivent se résigner à laisser les interprètes se diviser, comme par le passé, entre les opinions adverses. Et cependant lorsqu'on examine

---

à l'époque de la procédure formulaire, par *l'exceptio legis Plaetoriae*. KARLOWA, *Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legis Actiones* (1872), p. 352-353 ; *Röm. Rechtsgesch.*, Bd. II, Abt. I (1892), pp. 307-308 ; FERRINI, *Pandette*[3], p. 960 ; GIRARD, *Manuel*[7], p. 239 ; *N. R. H.*, 1890, p. 696-700 ; CUQ, au mot *Lex* dans DAREMBERG et SAGLIO, *Dict. Antiq.*, 2, III, 2[e] part. (1918), p. 1158 ; COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato*[3], p. 116 ; CORNIL, *Droit Romain, aperçu historiq. sommaire* (1921), p. 156 ; SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (1902), p. 59 et sv.

(1) BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilproz.*, t. I, p. 94, n. 25 ; JHERING, *Esprit du Droit romain*, t. 4, p. 118, n. 179 ; CARLO FADDA, *L'azione popolare*, pp. 27-28 ; MOMMSEN, *Droit Pénal Rom.*, t. 1, p. 210, n. 2 ; CUQ, *Manuel des Institut. Juridiq.*, 1917, p. 228 ; CZYHLARZ, *Institutionen*, § 35.

(2) Des tentatives ont été faites depuis 1888, pour accroître la liste des textes se référant à une action de la loi Plaetoria. Dès 1890, M. P. F. GIRARD, signalait (*N. R. H.*, t. 14, p. 698 ; v. également *Mélanges de Droit Rom.*, t. 1, p. 83, n. 3), un texte de PAUL, *D.* 4, 4, 24, 3, qu'il considérait comme se référant à l'action de droit privé de la loi Plaetoria et à son caractère noxal. Notre regretté collègue DEBRAY, *Contribut. à l'étude de la loi Plaetoria*, dans *Mélanges P. F. Girard*, t. 1 (1912), p. 305-314, proposait d'ajouter à cette liste un texte d'ULPIEN, *D.* 4, 3, 7, *pr.* et un fragment de PAUL, *D.* 46, 3, 98, 2. Nous ne pouvons entrer ici dans la discussion des conjectures émises pour l'interprétation de ces textes. Notons seulement qu'à notre avis le texte d'ULPIEN, *D.* 4, 3, 7, *pr.*, a trait uniquement à l'*actio de dolo* et celui de PAUL, *D.* 46, 3, 98, 2, à l'*in integrum restitutio*. Quant à l'autre texte de PAUL, *D.* 4, 4, 24, 3, on constatera qu'il est encadré dans des fragments relatifs à l'*in integrum restitutio* (v. LENEL, *Pal. Jur. Civ.*, t. 1, p. 985). Celle-ci est possible, non seulement lorsque le mineur a été lésé à raison de son inexpérience ou de sa légèreté, mais aussi lorsque ce préjudice provient d'un dol dont le mineur a été victime. La mention du dol ne permet donc pas de

de près les matériaux utilisés dans ce débat, on acquiert, nous semble-t-il, la conviction que la thèse de la coexistence de deux actions de la loi Plaetoria se fonde sur un échaffaudage de conjectures qui se sont superposées chronologiquement, mais qui s'harmonisent mal avec la teneur de certains textes et avec ce que nous savons sur le développement historique de certaines institutions. C'est à la révision de cette thèse que nous consacrons les pages qui vont suivre. Cette critique d'une opinion aujourd'hui très répandue ne nous a pas paru indigne du collègue éminent dont nous sommes heureux d'honorer, par la présente étude, la longue et féconde carrière.

* * *

II. Avant d'aborder la discussion de l'opinion dominante, il nous paraît utile de rappeler brièvement les arguments qui lui servent d'appui et les modalités qu'elle revêt chez les plus récents auteurs.

Les partisans de la dualité d'actions de la loi Plaetoria invoquent tout d'abord trois arguments de textes :

1° l'allusion de Cicéron, *de nat. deor.*, 3, 30, 74 à un *judicium publicum rei privatae lege Plaetoria* qui serait, d'après eux, une action criminelle publique fondée sur la loi Plaetoria ;

2° l'affirmation du fragment *de formula Fabiana*, 4, d'après laquelle les actions de la loi (P)laetoria sont noxales (...*Laetoriae noxales sunt*), ce qui ne peut s'entendre que d'une action pénale de droit privé ; car jamais les actions pénales publiques ne revêtent le caractère noxal ;

---

transporter le texte de l'*in integrum restitutio* à l'action de la loi Plaetoria. Quant à la mention de la *noxae deditio* contenue dans ce texte, elle peut se référer aux ordres que le magistrat était amené à donner, au cours de la *cognitio causae* dans laquelle il opérait l'*in integrum restitutio*, pour réaliser d'une manière équitable la rescision des actes ou effets juridiques (V. Duquesne, *Cicéron, Pro Flacco, chap.* 30-32 *et l'in integrum restitutio*, p. 32, n. 2). Si l'on croit devoir rattacher le texte à l'action de la loi Plaetoria, le témoignage qu'il contient ne ferait que confirmer le caractère noxal de cette action; il ne donnerait donc aucun élément nouveau pour la solution du problème qui est examiné ici.

3° l'alternative contenue dans le passage de la *lex Julia municipalis* ou Table d'Héraclée l. 111 et 112 « *queive lege Plaetoria ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit condemnatus est erit* », dans laquelle on s'efforce, depuis longtemps (1), de voir deux cas distincts d'application de la loi Plaetoria et que les partisans récents de la dualité d'actions de la loi Plaetoria considèrent, depuis Karlowa, comme corroborant leur conjecture : la première alternative, *lege Plaetoria*, visant l'action criminelle publique ; la seconde alternative *ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit* se référant à l'action privée (2).

Ces arguments de textes forment l'armature de toute une restitution historique dont la pièce essentielle est empruntée à des conjectures sur les origines des exceptions, en particulier sur les précédents de l'exception de la loi Plaetoria.

Les romanistes sont tous d'accord pour reconnaître, qu'à l'époque de la procédure formulaire, le mineur circonvenu par des manœuvres dolosives dans la conclusion d'un acte juridique pouvait repousser l'action du créancier au moyen d'une exception fondée sur la loi Plaetoria. L'existence de cette exception est, en effet, attestée par un texte des *Dig.* 44, 1, 7, 1, qui, sans la nommer expressément, la vise très nettement. Mais, comme les exceptions, suivant l'interprétation la plus vraisemblable de Gaius 4, 108, n'existaient pas encore dans la période qui s'est écoulée entre la loi Plaetoria et la loi Aebutia (début du 7e siècle a. u. c.), beaucoup d'auteurs se préoccupent de rechercher le moyen de procédure qui a pu, à l'époque des

(1) Il en était déjà ainsi avant Savigny, V. Savigny, *Vermischte Schriften*, 2, p. 336.

(2) Il existe un quatrième texte relatif à l'action de la loi Plaetoria, c'est Cicéron, *de officiis*, 3, 15, 61 : *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria, et sine lege iudiciis in quibus additur ex fide bona.* Ce passage prouve uniquement que la *circumscriptio* réprimée par la loi Plaetoria est un acte dolosif ; il ne donne aucun élément de solution au sujet de la nature de l'action de la loi Plaetoria.

Actions de la Loi, remplir la fonction qui sera ultérieurement celle de l'exception *legis Plaetoriae.*

Suivant une opinion qui jouit longtemps d'un grand crédit grâce à l'autorité de son principal représentant, Savigny (1), ce rôle aurait été rempli, sous les Actions de la Loi, par une action préjudicielle, s'exerçant dans la forme de la procédure *per sponsionem* et ayant pour objet de faire établir que le mineur avait été circonvenu par dol. L'existence de cette procédure serait même, suivant ces auteurs, attestée par un passage de Plaute, *Rudens*, 5, 3, 24-26, où le marchand d'esclaves Labrax, qui ne veut pas payer à l'esclave Grippus le talent qu'il lui a promis sous la foi du serment, réclame un juge qui serait chargé d'examiner, s'il ne s'est pas engagé sous l'empire du dol ou comme mineur de 25 ans : « *Cedo quicum habeam judicem ni dolo malo instipulatus sis nire etiam dum siem minus quinque et viginti natus annos* » (2). La forme *ni... nire* viserait la rédaction même de la *sponsio* et le juge, dont Labrax demande la nomination, aurait à statuer, avant le procès en exécution de la promesse, sur le point de savoir si celle-ci n'a pas été provoquée par des manœuvres dolosives ou n'a pas été obtenue d'un mineur de 25 ans.

Cette opinion se heurte à deux sortes d'objections, dont les unes concernent les arguments tirés du texte de Plaute et dont les autres s'attaquent au fond même de la conjecture (3).

Contre l'utilisation du texte de Plaute les critiques affluent. Pris littéralement, le texte n'est pas en harmonie avec l'état du droit romain en vigueur au VI^e^ siècle de la fondation de Rome. Il impliquerait, si l'interprétation qu'on en donne est exacte, qu'un débiteur pouvait, à cette époque, refuser l'exécution de sa promesse en prouvant, soit que le créancier s'est rendu coupable de dol à son égard au moment de la stipulation.

(1) Pour la bibliographie, v. Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, p. 61, n. 1.

(2) V. notamment, Jhering, *Esprit du Droit Rom.*, t. 4, p. 119-123 ; Senn, *l. c.*, p. 28-30 ; 60-64.

soit qu'il était mineur de 25 ans au moment de sa promesse. Ce texte ne pourrait contenir une allusion exacte au droit romain du temps de PLAUTE qu'à la condition de faire abstraction de la conjonction *nive* et de traduire le texte comme si Labrax demandait à plaider simultanément sur le double point de savoir, si, étant mineur de 25 ans, il n'a pas été victime d'un dol du créancier (1).

Même avec cette correction, le texte de Plaute acquiert difficilement la valeur d'une allusion exacte au droit romain de l'époque. La promesse que Labrax a faite sous la forme d'un serment que PLAUTE a rendu volontairement burlesque me paraît, quoiqu'on ait soutenu le contraire, dépourvu de toute force obligatoire. L'esclave Grippus qui se fait promettre un talent n'a nullement l'envie d'acquérir une créance juridiquement sanctionnée, car cette créance appartiendrait à son maître. Il veut s'assurer pour lui-même le bénéfice du talent, afin de pouvoir avec ce dernier acheter sa liberté. Pour cela, il recourt au lien religieux du serment. De plus, le texte peut difficilement être interprété comme visant une procédure *per sponsionem* régulière. On n'y trouve aucune allusion à une provocation au pari et celui qui s'érige en juge, sans l'agrément des parties, n'est autre que Daemones, le maître de Grippus, qui se présente tout à la fois comme juge et comme partie dans le débat. On ne peut guère songer ici qu'à un arbitrage facétieux, que PLAUTE, pour donner plus de saveur à sa fantaisie, agrémente d'une vague teinte juridique.

Quant à l'existence au temps de PLAUTE d'une action préjudicielle *per sponsionem* qui aurait été le précurseur de l'*exceptio legis Plaetoriae*, JHERING (2) nous paraît en avoir démontré l'impossibilité par des arguments qui gardent toute leur valeur indépendamment des opinions qu'on peut professer sur le pouvoir des magistrat des Actions de la Loi de *denegare actionem*.

(1) V. notamment P. F. GIRARD, *Mélanges de Droit Rom.*, t. I, p. 84.
(2) *Esprit du Droit Rom.*, t. 4, p. 121.

Deux éventualités sont, en effet, à envisager. Ou bien cette action a été donnée par la loi Plaetoria elle-même ? Dans ce cas, il paraît vraisemblable que cette action préjudicielle devait aboutir, comme le *praejudicium ex lege Cincia* du siècle suivant, à la libération du débiteur d'après le droit civil, lorsque le juge prononçait qu'il y avait eu *circumscriptio* du mineur à l'encontre de la loi Plaetoria. Ou bien, cette action préjudicielle aurait été une création du magistrat ? Comment admettre, dès lors, que le magistrat eût déjà, au lendemain de la loi Plaetoria, complété la sanction de cette loi par une action préjudicielle ? Si le magistrat avait, dès cette époque, un tel pouvoir, pourquoi n'avoir pas suscité son intervention au lieu de provoquer la création par le législateur d'une action pénale ?

L'idée d'une action préjudicielle issue directement ou indirectement de la loi Plaetoria est donc à rejeter. Elle paraît aujourd'hui abandonnée (1).

Elle a été remplacée chez les romanistes modernes par une autre conjecture qui affirme également, sur la base d'arguments nouveaux, l'existence d'une seconde action de la loi Plaetoria. Ces auteurs ont utilisé (2), en l'adaptant à leurs conceptions, une ingénieuse construction de JHERING sur l'organisation dans l'ancien droit romain, « de moyens de défense sous forme d'actions ». Pour JHERING, le principe de l'unité de question dominait d'une manière stricte la procédure formaliste des Actions de la Loi. Ce principe s'opposait à ce que le défendeur introduisît dans le procès, par voie d'exception, une question différente de celle qui avait été déduite en justice par la demande. Ainsi s'expliquerait l'affirmation de GAIUS qu'il n'y avait pas d'exceptions à l'époque des Actions de la Loi. Par là

(1) Elle est passée sous silence ou ne fait l'objet que d'une brève allusion dans les manuels récents de procédure : GIRARD, *Manuel*[7], p. 1092, n. 4 ; COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (1918) ; WENGER, *Institutionen des römischen Civilprozesses* (1925), p. 146 et 170, n, 24.

(2) V. notamment P. F. GIRARD, *Mélanges de Droit Rom.*, t. I, p. 83, n. 3.

s'éclairerait également la sanction originale des *leges minus quam perfectae*. Le législateur, estimant que la nullité absolue de l'acte juridique accompli en violation de ses prescriptions était une sanction trop rigoureuse, paralysait en fait les effets de cet acte juridique en menaçant celui qui en accepterait ou en poursuivrait l'exécution d'une action en restitution du simple ou d'un multiple. Tel aurait été le but de la *lex Furia testamentaria*, de la *lex Marcia de usuris*, de la *lex Furia de sponsu* et, suivant JHERING, de la *lex Plaetoria*.

MM. KARLOWA (1) et GIRARD (2), qui ont été, dans les temps récents, les protagonistes de la dualité d'actions de la loi Plaetoria ont cherché dans cette conjecture de JHERING un appui pour leurs théories. L'action privée de la loi Plaetoria, dont ils affirment l'existence à côté de l'action criminelle publique, ne serait qu'une action en restitution du simple ou du multiple de la prestation faite par le mineur. Cette action aurait tenu, à l'époque des Actions de la Loi, la place qu'occupera, sous la procédure formulaire, l'exception de la loi Plaetoria.

Des nuances qui ne sont pas négligeables séparent d'ailleurs les deux auteurs.

La préoccupation dominante de KARLOWA est de mettre sa conjecture en harmonie avec le texte de la Table d'Héraclée qui lui sert de principal support. La différence de rédaction des deux alternatives contenues dans ce texte : « *quei... lege Plaetoria... condemnatus est erit* » — « *quei... ob eam rem quod adversus eam legem fecit fecerit condemnatus est erit* » l'amène à distinguer pour les deux actions de la loi Plaetoria deux champs d'application distincts : l'action criminelle aurait été donnée par la loi Plaetoria elle-même contre celui qui avait usé de manœuvres dolosives caractérisées pour circonvenir

(1) KARLOWA, *Röm. Civilproz. z. Z. der Leg. Act.*, p. 352-353 ; *Röm. Rechtsgesch.*, t. 2, p. 307-308.

(2) P. F. GIRARD, *Manuel*[2], p. 239 ; *N. R. H.*, 1890, p. 695-700.

le mineur; l'action privée aurait été donnée, dès l'époque des Actions de la Loi, par la jurisprudence pour sanctionner des prescriptions de la loi Plaetoria que le législateur n'avait pas pourvu de sanction et qui interdisaient aux majeurs ces habiletés non entachées de dol par lesquelles ils auraient exploité à leur profit dans un acte juridique l'inexpérience ou la légèreté des mineurs.

Mais KARLOWA se borne à présenter cette action privée comme une action en révocation de l'exécution de l'acte juridique (1) à laquelle aurait succédé, sous la procédure formulaire, l'*exceptio legis Plaetoriae.*

La thèse de M. GIRARD est, au contraire, influencée par la découverte faite en 1888 du fragment *de formula Fabiana.* Ce texte, en mentionnant une action noxale de la loi Plaetoria, prouve que l'action de droit privé fondée sur cette action existait encore dans la dernière période du droit classique à côté de l'exception de la loi Plaetoria. Cette double constatation conduit M. GIRARD à modifier dans un double sens la conjecture de KARLOWA : l'action privée de la loi Plaetoria a pu être, étant donné son caractère pénal, une action en restitution d'un multiple de la prestation faite par le mineur ; d'autre part, la substitution de l'exception de la loi Plaetoria à l'action privée ne s'est faite qu'à une époque relativement tardive, que l'auteur ne précise pas.

Mais, pour ces deux auteurs, il existe une grande symétrie entre cette sanction de la loi Plaetoria par une action privée suivie ultérieurement d'une exception et celle de la loi Cincia. Dans les deux cas, l'action privée aurait eu pour but, à une

(1) Cette conception qui pouvait se défendre, en 1872, lorsque KARLOWA, formula pour la première fois sa conjecture dans son ouvrage, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, n'était pas conciliable avec le témoignage du fragment de *formula Fabiana* qui affirmait le caractère noxal de l'action de la loi Plaetoria. KARLOWA ne prit pas soin, en 1892, dans sa *Röm. Rechtsgeschichte*, t. 2, p. 307-308, de mettre sa conjecture ancienne en harmonie avec le texte récemment découvert.

époque où les exceptions n'existaient pas encore, de paralyser l'efficacité de l'acte juridique contraire à la loi en menaçant d'une action en restitution celui qui recevrait ou exigerait l'exécution de l'acte. Puis, au moment où l'institution des exceptions aurait été connue, un nouveau mouvement de jurisprudence aurait substitué une exception à cette action « en vertu du principe doctrinal que c'est un dol de réclamer ce qu'on sera immédiatement obligé de rendre : *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* » (1).

Tel est le dernier état des conjectures relatives à la dualité d'actions de la loi Plaetoria. C'est en fonction des modalités qu'elle a ainsi revêtues en dernier lieu que nous entreprendrons la discussion de cette thèse.

* * *

III. Une première réserve s'impose à notre avis à l'égard de la théorie Karlowa-Girard. L'appui qu'elle prétend trouver dans l'opinion de Jhering sur le rôle des actions en restitution au temps des Actions de la Loi est plus apparent que réel. Une différence profonde sépare à cet égard la brillante et ingénieuse hypothèse de Jhering et l'utilisation qu'en ont faite Karlowa et M. Girard.

Jhering avait simplement émis l'idée qu'à l'époque où les Romains ne connaissaient pas encore les exceptions, le législateur s'était efforcé de paralyser l'efficacité des actes juridiques qu'il voulait interdire, en menaçant d'une action pénale celui qui recevrait ou exigerait l'exécution de cet acte. Il ne soutint jamais, à notre connaissance, qu'une action créée dans ce but au temps des Actions de la Loi aurait été supplantée, sous la procédure formulaire, par une exception (2).

Limitée au postulat que nous venons de rapporter, l'opinion

(1) P. F. Girard, *Manuel*[7], p. 239-240.
(2) V. notamment *Esprit du Droit Rom.*, t. 4, p. 107 ; p. 123-124.

de JHERING ne se heurte à aucune donnée historique. On peut accepter ou non l'explication de cet auteur sur le but primitif des *leges minus quam perfectae* et des actions pénales qui les sanctionnent ; l'hypothèse n'est contredite par aucun fait.

Il n'en est pas de même de la construction que KARLOWA et M. GIRARD ont érigée sur l'opinion de JHERING. Pour eux, l'action qui a paralysé, à l'époque des Actions de la Loi, l'efficacité de certains actes juridiques a été remplacée par une exception qui a fait disparaître l'action ancienne. Il en aurait été ainsi notamment dans le domaine de la loi Cincia et dans celui de la loi Plaetoria.

Or, cette conjecture du remplacement d'actions anciennes par des exceptions soulève de très sérieuses critiques. La preuve peut en être fournie successivement pour la loi Cincia et pour la loi Plaetoria.

Relativement à la sanction de la loi Cincia, il nous paraît tout à fait invraisemblable qu'il y ait eu à l'époque des Actions de la Loi, une *condictio* pour répéter le montant de toute donation contraire à la loi Cincia et que cette *condictio* ait été supplantée à l'époque ultérieure par une exception fondée sur l'idée que le donataire qui réclame l'exécution de cette donation commet un dol en demandant ce qu'il serait obligé de rendre immédiatement après sur la *condictio*.

Nous avons déjà montré ailleurs (1) que les deux applications de la *condictio* dont les écrits des jurisconsultes classiques font mention à propos des donations prohibées par la loi Cincia, ne peuvent pas être considérées comme des vestiges de l'époque où la *condictio* aurait permis de révoquer toute donation contraire à la loi Cincia. Deux applications absolument symétriques de la *condictio* se rencontrent dans la matière des *promesses onerandae libertatis causa*. Or, dans ce domaine, cette *condictio* ne peut pas s'expliquer comme une

(1) *Donatio, Delegatio, Condictio*, p. 19-28.

survie d'un état de droit antérieur ; elle s'y présente uniquement comme un progrès réalisé par la jurisprudence classique. Il convient donc de trouver à ces applications symétriques de la *condictio* une explication commune. Celle-ci est fournie par le fait que, dans les quatre applications de la *condictio* que nous rencontrons dans les textes, la donation ou la promesse se trouve réalisée au moyen d'une délégation qui fait obstacle à l'exercice de l'*exceptio legis Cinciae* ou de l'*exceptio onerandae libertatis causa*. La *condictio* a pour but de permettre au donateur ou à l'affranchi de répéter l'enrichissement que le donataire ou le patron a injustement réalisé du fait que le jeu de la délégation l'a mis à l'abri de la dite exception.

D'autres objections, non moins fortes, peuvent être faites à cette conjecture.

Comment admettre d'abord que l'exception de la loi Cincia ait pu supplanter l'ancienne *condictio*? Celle-ci aurait été possible dans tous les cas de donation *ultra modum legis Cinciae* faite à une *persona non excepta*, que la donation ait été exécutée spontanément ou qu'elle ne l'ait été que sur l'exercice d'une action judiciaire. L'exception proprement dite ne jouait, au contraire, qu'autant que la donation faisait l'objet d'une action en exécution exercée par le donataire. Si la donation avait été exécutée, il ne pouvait être question pour le donateur d'opposer une exception ; la *condictio* aurait dû subsister dans ce cas, s'il était vrai qu'elle eût précédé l'exception. Sans doute, le préteur compléta ici son œuvre en permettant au donateur d'opposer une réplique ; lorsque celui-ci avait l'occasion, dans un procès relatif à la chose donnée, d'introduire le débat sur le point de savoir si la donation n'avait pas été faite en violation de la loi Cincia. Mais un tel détour eût-il été nécessaire, si le donateur avait eu à sa disposition une *condictio* fondée sur l'idée d'enrichissement injuste du donataire ? Qu'on prenne, par exemple, l'hypothèse d'une donation réalisée par la tradition d'une *res mancipi*. Si l'ancien droit eût octroyé ici au donateur une action en

répétition, la pratique eût-elle jamais recouru à l'expédient d'une revendication du donateur, dans laquelle ce dernier eût paralysé l'*exceptio justi dominii* du donataire par une *replicatio legis Cinciae*? En admettant même que la pratique eût un jour imaginé ce détour pour assurer au donateur la protection plus énergique d'une action réelle, elle eût laissé subsister l'action personnelle ancienne en répétition.

Quant à la règle *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* qui aurait servi pour remplacer la *condictio* par une exception, elle aurait conduit, conformément à son sens exact et à sa portée dans la pensée des jurisconsultes romains, à donner ici une exception de dol et non l'exception de la loi Cincia. En outre, cette règle ne peut pas servir à expliquer la réplique de la loi Cincia, puisqu'il y a eu dans ce cas exécution spontanée de la donation et que le donataire n'a dirigé aucune *petitio* contre le donateur.

Ajoutons, pour parfaire cette démonstration, que l'explication imaginée pour expliquer la disparition de cette *condictio* en droit classique n'a pas plus de valeur que les arguments produits pour établir son existence à l'époque des Actions de la Loi. C'est, dit-on, dans l'effort fait par les jurisconsultes classiques pour grouper systématiquement les *causae condicendi* que la *condictio*, fondée sur la violation de la loi Cincia, aurait été éliminée.

Or, il suffit de lire les jurisconsultes classiques pour se rendre compte que la classification des *causae condicendi* n'est qu'ébauchée dans leurs écrits et qu'elle n'y revêt pas une fixité telle qu'ils n'auraient pas pu faire place dans les *condictiones sine causa* ou dans les *condictiones ex lege* à la *condictio* fondée sur la violation de la loi Cincia. N'est-ce pas, d'ailleurs, faire injure aux jurisconsultes classiques, dont les préoccupations pratiques et l'esprit réaliste nous sont bien connus, que de leur imputer une mutilation du droit existant sous prétexte d'un travail purement doctrinal de systématisation?

Les considérations qui précèdent conduisent à cette

conclusion que la loi Cincia n'a pas été sanctionnée, à l'époque des Actions de la Loi, par une action en répétition que l'exception de la loi Cincia serait venue supplanter sous la procédure formulaire.

La même démonstration peut être faite, avec plus de facilité encore, pour la loi Plaetoria. Ici, d'ailleurs, il ne peut s'agir d'une simple action en répétition. L'action de droit privé dont l'existence est attestée dans cette matière est une action pénale (1). Cette action n'aurait pas pu être créée par la jurisprudence ; elle n'aurait pu résulter que de la loi elle-même,ce qui ruine l'appui que KARLOWA avait cru trouver pour sa conjecture dans la rédaction spéciale de la seconde alternative de la Table d'Héraclée : *ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit condemnatus est erit.* D'autre part, cette action n'a pas été éliminée par l'exception de la loi Plaetoria, car toutes deux coexistent à la fin de l'époque classique (2), ce qui est une nouvelle contradiction de l'idée d'après laquelle ces actions en restitution, de l'époque des Actions de la Loi, auraient été, sous la procédure formulaire, remplacées par des exceptions en vertu d'un mouvement de jurisprudence fondé sur l'idée *dolo facit qui petit quod statim redditurus est.*

De la discussion qui précède résulte, à notre avis, qu'il n'y a pas eu de *condictio* préalable à l'*exceptio legis Cinciæ* et que l'*exceptio legis Plaetoriae* n'est pas venue remplacer une action pénale privée, mais lui a été juxtaposée. La thèse de la dualité d'actions de la loi Plaetoria perd donc l'appui qu'elle avait cru trouver dans les précédents historiques de l'exception.

Examinons maintenant cette thèse en elle-même, tant au point de vue de sa correspondance avec les textes qu'au point de vue de sa vraisemblance historique.

* * *

(1) *Fragm. de form. Fab.*, 4.

(2) V. pour l'action : *Fragm. de form. Fab.*, 4, communément attribué à PAUL et pour l'exception : *D.* 44, 1, 7, 1 (ULPIEN).

IV. Lorsqu'on interroge les textes, ceux-ci fournissent de très sérieux arguments pour contester l'existence d'une action criminelle publique fondée sur la loi Plaetoria.

On a depuis longtemps souligné que, dans la Table d'Héraclée, l. 111-112, l'action de la loi Plaetoria figure dans une liste d'actions de droit privé, tandis que les actions publiques ne sont visées que plus loin (l. 117-119) dans une formule globale (1). La conclusion logique de cette constatation est, comme JHERING l'a relevé avec énergie, que l'action de la loi Plaetoria mentionnée par la Table d'Héraclée est une action de droit privé (2).

SAVIGNY s'était efforcé de prévenir la critique (3).

Partant du fait que les l. 117-119 distinguent entre les *judicia publica* de Rome qui n'entraînent l'exclusion du Sénat qu'en cas de condamnation au bannissement et les autres *judicia publica* qui produisent cette déchéance pour les condamnés, quelle que soit la nature de la condamnation, SAVIGNY exprimait la conjecture que la mention aux l. 110-111 de l'action de la loi Plaetoria, qu'il tenait pour une action publique, avait eu pour but d'exclure du Sénat ceux qui étaient condamnés à Rome à une amende sur cette action publique.

Cette explication paraît peu vraisemblable. Si le législateur avait voulu donner cette efficacité particulière à l'action publique de la loi Plaetoria, il l'eût fait à l'endroit convenable, en mentionnant à la l. 118, à côté de la condamnation au bannissement, les condamnations à une amende prononcées à

---

(1) *Tab. Heracl.*, l. 110 sv. : *quei furtei quod ipse fecit fecerit condemnatus pactusve est erit ; queive judicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandatei, injuriarum dere d(olo) m(alo) condemnatus est erit ; queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit* . . . . . ; l. 117 sv. : *queive judicio publico Romae condemnatus est erit, quo circa eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est erit ; queive in eo municipio colonia praefectura foro conciliabulo, quojus erit, judicio publico condemnatus est erit* . . .

(2) *Esprit du Droit Rom.*, t. 4, p. 118, n. 179.

(3) *Vermischte Schriften*, t. 2, p. 336-338.

Rome en vertu de la loi Plaetoria. D'autre part, pourquoi cette rigueur particulière attachée à l'action publique de la loi Plaetoria? Pourquoi ne pas l'appliquer également dans des actions criminelles non moins graves, tendant exclusivement à des condamnations pécuniaires, par exemple, dans les *judicia publica* pour cause de *repetundae*, de *sacrilegium* ou de péculat?

Une autre explication pourrait être proposée par ceux qui, comme KARLOWA et M. GIRARD, admettent la dualité d'actions de la loi Plaetoria. Elle consisterait à dire que le rédacteur de la partie de la Table d'Héraclée qui nous occupe, ayant à mentionner l'action privée de la loi Plaetoria aux l. 111 et 112, y aurait ajouté immédiatement l'action publique.

Mais cette explication sombre elle-même devant un autre fait qui n'a pas été suffisamment mis en relief jusqu'ici : dans le *de Natura Deorum* de Cicéron, le *judicium publicum rei privatae lege Plaetoria* figure également dans la partie du texte relatif aux actions de droit privé et non dans celle qui concerne les *judicia publica*. A cet endroit, CICÉRON développe les objections que l'existence du mal soulève contre la divinité. Pour prouver l'existence du mal dans le monde, il emprunte successivement ses exemples au théâtre et au forum (1). Passant en revue les procès les plus marquants qui se déroulent

(1) *Sed exeamus e theatro, veniamus in forum. Sessum it praetor. Quid ut judicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius? At se Q. Sosius, splendidus eques Romanus ex agro Piceno, fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas. Id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est. Quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, conjurationis Jugurthinae. Repete superiora, Tubuli de pecunia capta ob rem judicandam, posteriora, de incestu rogatione Peducaea, tum haec cotidiana, sicae, veneni, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. Inde illa actio,* OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE, *inde tot judicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde judicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde exercitum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquillius, familiaris noster, protulit, quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.*

au forum, il énumère successivement et séparément des instances criminelles et des actions de droit privé. Il mentionne tout d'abord un certain nombre d'affaires particulières qui donnèrent lieu à l'organisation d'instances criminelles spéciales, dont plusieurs, peut-être toutes, provoquèrent la création, pour un cas particulier, d'un jury présidé par un un magistrat ou *quaestio* : l'incendie d'archives de l'État par le chevalier Q. Sosius (1) ; la falsification de registres publics par L. Alenus (2) ; le pillage des temples de Toulouse par le consul Q. Servilius Caepio (3) ; le plébiscite Mamilien de 644 au sujet de relations que des citoyens romains entretinrent avec le roi de Numidie, Jugurtha, pendant la guerre qui fut dirigée contre lui (4) ; la poursuite du préteur C. Hostilius Tubulus pour corruption (5) ; le plébiscite Péducéen de 640 dans une affaire d'inceste de Vestales (6). Cicéron termine son énumération des procès criminels en signalant brièvement des *quaestiones perpetuae* ou *cotidianae*, c'est à dire des jurys organisés à titre permanent pour certaines catégories de crimes : assassinats, empoisonnements, vols commis vis-à-vis du patrimoine de l'État (péculat) ; falsification de testaments.

Cette liste d'actions publiques achevée, Cicéron commence avec les mots « inde illa actio » une énumération d'actions de droit privé : *actio furti* ; des actions de bonne foi, telles les actions de tutelle, de mandat, de société, de fiducie, de vente, de louage ; l'action de la loi Plaetoria et l'action *de dolo*.

L'ordre suivi par Cicéron, dans son énumération du *De Natura Deorum* est donc inverse de celui de la Table d'Héraclée ; il n'est pas moins systématique : procès criminels publics et actions de droit privé sont nettement séparés les uns

(1) Mommsen, *Dr. Pén. Rom.*, t. 2, p. 364, n. 7.
(2) Mommsen, *ibid.*, t. 3, p. 73, n. 6.
(3) Mommsen, *ibid.*, t. 1, p. 229.
(4) Mommsen, *ibid.*, t. 1, p. 229.
(5) Mommsen, *ibid.*, t. 1, p. 228.
(6) Mommsen, *ibid.*, t. 1, p. 229.

des autres. Or, dans les deux textes, l'action de la loi Plaetoria figure dans la liste des actions de droit privé. Cette concordance entre deux sources tout à fait indépendantes l'une de l'autre acquiert une force probante énergique et constitue une présomption grave contre l'existence d'une action pénale publique de la loi Plaetoria (1).

A vrai dire, cette thèse n'a d'autre fondement que l'expression de *judicium publicum rei privatae* employée par CICÉRON dans le *De Natura Deorum*. Ce fondement disparaît si l'on établit que ce terme s'applique mal à un procès criminel créé au VI^e^ siècle de la fondation de Rome, et qu'il peut, au contraire, s'entendre avec beaucoup plus de vraisemblance d'une action de droit privé ayant le caractère d'action populaire.

En effet, si la loi Plaetoria avait voulu punir la *circumscriptio adulescentis* comme délit public, elle n'aurait pu le faire, suivant le droit de l'époque, qu'en reconnaissant au magistrat le pouvoir d'infliger directement une amende. Or, cette *multa* est prononcée par le magistrat dans une procédure inquisitoriale qui n'est soumise qu'au formalisme très restreint imposé au magistrat par les devoirs de sa fonction tels que la coutume juridique et les mœurs les ont fixés ; la *multae irrogatio* ne conduit à un débat judiciaire dans lequel l'indépendance du prévenu est pleinement assurée que si l'amende a dépassé le taux de 3020 as. Une instance judiciaire s'ouvre alors devant une assemblée populaire que les auteurs littéraires qualifient de *judicium populi* (2). L'expression *judicium publicum* est, au contraire, normalement employée dans le dernier siècle de la République et sous le Principat pour désigner l'instance qui se déroule devant un des jurys criminels ou *quaestiones*, que des lois suc-

(1) Le texte du *de officiis*, 3, 15, 61, rapporté plus haut, p. 4, n. 2, est en concordance avec la Table d'Héraclée et le *de Natura Deorum*. C'est dans une énumération d'instances de droit privé qu'il mentionne l'action de la loi Plaetoria.

(2) V. à cet égard les textes, en particulier les textes de Cicéron, cités par MOMMSEN, *Dr. Pén. Rom.*, t. 1, p. 185, n. 6; p. 208, n. 2, et p. 216, n. 1.

cessives ont à cette époque organisées pour diverses catégories de délits *(quaestiones perpetuae)* (1). Cette terminologie est notamment celle de CICÉRON, ce qui est une nouvelle raison de douter que l'orateur romain ait, dans son *De Natura Deorum*, au cours d'une énumération d'actions de droit privé, mentionné sous le nom de *judicium publicum* le droit pour le magistrat d'infliger une amende pouvant éventuellement dépasser le taux de la *multa suprema*.

* * *

V. Il est beaucoup plus vraisemblable que l'action de la loi Plaetoria a mérité de la part de CICÉRON le nom de *judicium publicum rei privatae* parce qu'elle se présente comme une action de droit privé revêtue d'un caractère public en tant qu'elle est ouverte à tous comme action populaire.

Une série d'arguments servent de fondement à cette conjecture.

Nous savons tout d'abord, qu'aux 6e et 7e s. de la fondation de Rome le législateur s'est souvent servi de l'action pénale de droit privé, non seulement pour réprimer des abus dans le domaine des actes juridiques (2), mais même pour sanctionner

---

(1) MOMMSEN, *l. c.*, t. 1, p. 215-216. Nous ne croyons pas, par contre, devoir nous rallier à l'opinion de MOMMSEN, d'après laquelle le mot *judicium publicum* aurait aussi désigné certaines actions exercées dans l'intérêt de la communauté, suivant les formes du procès civil renforcées par certains privilèges accordés à l'autorité judiciaire (v. notamment *Dr. Pén. Rom.*, t. 1, p. 208 sv.). Cette opinion est en étroite connexité avec les idées du même auteur sur les origines des *quaestiones perpetuae* et les caractères de la procédure suivie devant ces jurys. Cette opinion a été critiquée avec succès, nous semble-t-il, par WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* (1917), p. 221 et sv. Cfr. également WENGER, *Institutionen des röm. Zivilprozessrechts* (1925), pp. 15-16.

(2) *Lex Furia testamentaria*, entre 550 et 585 ; *lex Furia de sponsu*, vraisemblablement du 6e s. a. U. c. ; la *lex Marcia de feneratoribus* qui n'est peut-être que du 7e s.

des prescriptions d'ordre administratif (1) et que cette action pénale a parfois revêtu le caractère d'action populaire (2).

D'autre part, les textes contiennent plusieurs témoignages qui qualifient de public le moyen de procédure ouvert à toute personne.

Cette démonstration est particulièrement facile à faire pour la désignation de l'action criminelle comme *judicium publicum*. Tandis que le jurisconsulte MACER, au début du 3e siècle, reproduisant une définition ancienne du *judicium publicum* qui ne cadre plus que très imparfaitement avec le droit de son époque, présente le *judicium publicum* comme un jury avec procédure accusatoire institué par une des lois qui ont créé les *quaestiones perpetuae* (3), les *Institutes* de JUSTINIEN nous expliquent que les *judicia publica* sont ainsi appelés, parce que le droit de les mettre en mouvement appartient habituellement à toute personne (4).

Ce concept des *Institutes* a d'ailleurs son origine dans les règles de la procédure accusatoire des *quaestiones perpetuae*, où la faculté d'accuser appartient à tout citoyen, à moins que cette faculté n'ait été restreinte par la loi. ULPIEN le dit expressément dans un texte d'allure générale « *quo judicio* [*publico*] *cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas* » (5).

D'autres textes relatifs à des hypothèses spéciales confirment cette terminologie en nous prouvant que les jurisconsultes

---

(1) Inscription de LUCERIA (1re moitié du 6e s.) ; loi latine de BANTIA (7e s.), l. 9.

(2) Loi relative au bois sacré de LUCERIA donne à tout citoyen une *manus injectio* ; de même, loi latine de BANTIA, l. 9, donne à tout magistrat le droit d'exiger l'amende.

(3) *D.* 48, 1, 1 (MACER, *l.* 1 *de jud. publ.*) : *Non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt, ut Julia majestatis, Julia de adulteriis,* etc...

(4) *Inst.*, 4, 18, 1 : *Publica* (*judicia*) *autem dicta sunt,* QUOD CUIVIS EX POPULO *exsecutio eorum plerumque datur.*

(5) *D.* 23, 2, 43, 10.

romains hésitaient, ou même se refusaient, à qualifier de *judicia publica* les actions criminelles dans lesquelles le droit d'accuser était limité à certaines personnes.

C'est ainsi que MODESTIN refuse la qualification d'accusation publique à l'action en supposition de part donnée par la loi Cornelia *de falsis*, parce que cette action n'est pas ouverte à toute personne, mais uniquement à ceux qui ont un intérêt personnel à l'exercer (1).

Paul, dans un texte où il s'occupe de l'action pour injure qualifiée renvoyée par la loi Cornelia *de injuriis* à un jury criminel, fait remarquer que cette action, bien qu'exercée dans l'intérêt général, n'est qu'une action privée, parce qu'elle n'est ouverte qu'à l'offensé ou à son mandataire (2).

ULPIEN nous dit expressément que les accusations de vol, de stellionat et d'usurpation de choses héréditaires n'étaient pas considérées comme *judicia publica*, parce que le droit d'accuser n'était accordé qu'à certaines personnes et non pas à toutes (3).

Dans le même sens, des constitutions de l'empereur Constantin qualifient de publiques les accusations qui sont ouvertes à tout le monde, soit d'une manière absolue, soit sous certaines restrictions, comme l'accusation dirigée contre la femme libre qui entretient des relations sexuelles avec son esclave ou comme l'accusation d'adultère (4).

La même terminologie se rencontre, en dehors des actions

---

(1) *D.* 48, 10, 30, 1 (Mod., l. 12, *pandect.*) ; *De partu supposito soli accusant parentes aut hi, ad quos ea res pertineat : non quilibet ex populo, ut* PUBLICAM ACCUSATIONEM INTENDAT.

(2) *D.* 3, 3, 42, 1 (PAUL, l. 8, *ad. ed.*) : *Ad actionem injuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest : nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.*

(3) *D.* 47, 2, 92 (93), ULP. 30 *ad ed.* : *Meminisse oportet nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen suscribere, non quasi publicum sit judicium.... ; D.* 47, 11, 3, ULP. l. 3, *de adulteriis : Stellionatus vel expilatae hereditatis judicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica.*

(4) *C. Th.*, 9, 9, 1 = *C. J.*, 9, 11, 1 ; *C. Th.*, 9, 7, 2 = *C. J.*, 9, 9, 29 (30), *pr.*

répressives, dans la procédure administrative tendant à la destitution d'un tuteur : le *crimen suspecti tutoris* est, en effet, tenu pour une action quasi publique, parce que le droit d'accuser le tuteur est ouvert à tous (1).

De là à qualifier d'action publique l'action populaire de droit privé qui est, en principe, ouverte à tous, il n'y a qu'un pas qui a été parfois franchi, ainsi que nous l'atteste un texte de PAUL (2). Les jurisconsultes romains eux-mêmes se rendent d'ailleurs compte que cette façon de s'exprimer n'est qu'approximativement exacte. L'action populaire, bien que créée sous l'angle de préoccupations d'intérêt général et bien qu'ouverte à tous comme les accusations publiques, n'en a pas moins le plus souvent pour objet principal et direct la protection d'intérêts privés et se déroule toujours suivant les formes de la procédure civile. Il en résulte pour elle un caractère hybride qui la place dans une situation intermédiaire entre les actions privées et les actions publiques et qui crée parfois une difficulté de terminologie pour les jurisconsultes ; un texte de PAUL permet de le constater. Appelé à signaler que dans l'action populaire qui se greffe sur l'interdit *de via publica*, le particulier qui veut engager cette procédure à l'occasion d'un dommage que lui a causé la violation de l'interdit est admis, par dérogation au droit commun, à agir par mandataire, le jurisconsulte PAUL justifie cette règle, en affirmant que l'action est ici « une sorte d'action privée » (3).

Le caractère hybride de l'action populaire et les difficultés d'appellation auxquelles elle donne lieu sont, à notre avis, des

---

(1) *D.* 26, 10, 1, 6 (ULP. 35 *ad ed*). *Inst.*, 1, 26, 3 : *sciendum est quasi publicam esse hanc actionem, hoc est omnibus patere.*

(2) *D.* 12, 2, 30, 3 (PAUL, 18 *ad ed.*) : *In popularibus actionibus jusjurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit : nam et si quis egerit, ita demum consumit* PUBLICAM ACTIONEM, *si non per collusionem actum sit.*

(3) *D.* 3, 3, 42, *pr.* (PAUL, 8 *ad ed.*).... QUASI PRIVATAE ACTIONIS *dare posse procuratorem.*

arguments qui renforcent puissamment la conjecture d'après laquelle l'action donnée par la loi Plaetoria était une action populaire. L'expression *judicium publicum rei privatae* dont CICÉRON se sert pour la qualifier trahit par elle-même la difficulté de terminologie devant laquelle l'écrivain romain se trouvait. L'action qu'il voulait mentionner appartenait, comme celles qui l'encadrent dans la liste, aux actions qui s'exercent pour des intérêts privés suivant les formes de la procédure civile, mais elle se rapprochait des *judicia publica* par la faculté qui appartenait à toute personne de prendre en mains les intérêts du mineur circonvenu et d'exercer l'action pénale contre l'auteur de la *circumscriptio* (1).

* * *

VI. Il est permis de conclure de la démonstration qui précède qu'il n'y eut qu'une action de la loi Plaetoria, ayant le caractère d'action pénale populaire.

Reste dans cette opinion à expliquer l'alternative de la Table d'Héraclée, l. 111-112 : *Queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit.*

Ce texte ne contient aucune allusion expresse à l'existence de deux actions de la loi Plaetoria et ne peut être retenu comme une preuve de cette dualité d'actions que par ceux qui considèrent cette dualité comme établie par d'autres arguments. Pour ceux qui soutiennent, au contraire, qu'il n'y

(1) On a parfois cité comme confirmation de cette conjecture CICERO, *de off.*, 3, 15, 61 : *atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria*, où l'action de la loi Plaetoria se trouve rapprochée du *crimen suspecti tutoris*, qui est, comme nous l'avons vu plus haut, qualifié par les jurisconsultes romains d'action quasi-publique. L'argument n'a qu'une faible portée; car l'allusion à la loi des XII Tables embrasse également dans sa généralité l'*actio de rationibus distrahendis* qui fut également créée par la loi des XII Tables (*D.* 26, 7, 55, 1) et qui, d'après les textes qui nous sont parvenus, n'a pas le caractère d'action populaire.

eut qu'une action de la loi Plaetoria, l'alternative de la Table d'Héraclée appelle une autre explication.

Suivant une opinion déjà émise par SAVIGNY (1) et encore reproduite par un des récents commentateurs de ce texte (2), il serait permis de voir dans cette alternative « un redoublement d'expression pour désigner une seule institution juridique ». Des redondances de ce genre sont assez fréquentes dans les textes de l'époque ; la Table d'Héraclée en contiendrait elle-même un remarquable exemple dans la l. 113-114 où l'institution qui paraît avoir été l'origine de la cession de biens est désignée par deux expressions synonymes qui visent les deux phases essentielles de l'opération (3).

Cette interprétation ne nous séduit pas pleinement. Le style de la Table d'Héraclée, quand on examine de près ses dispositions successives, est d'une grande précision. Il y a d'ailleurs une différence importante à désigner une même institution juridique par les deux opérations qui la constituent ou à la qualifier par deux appellations qui forment un pléonasme.

L'explication de cette alternative nous semble pouvoir être cherchée dans une voie nouvelle. Le caractère du texte contenu dans la Table d'Héraclée est discuté. Sans entrer dans un débat qui dépasserait le cadre du présent article, la diversité des dispositions qui y sont contenues conduit à y voir soit une *lex satura*, soit le groupement sur une même Table de plusieurs prescriptions légales à l'usage des habitants d'Héraclée, que ce groupement soit ou non l'œuvre d'une *lex data* (4).

Quelque parti qu'on adopte à ce sujet, on ne peut nier que les l. 83-143 du texte forment un tout homogène dépassant

---

(1) *Vermischte Schriften*, t. 2, p. 336.

(2) LEGRAS, *Table Latine d'Héraclée*, p. 121.

(3) *Queive.... bonamve copiam juravit juraverit : quei sponsoribus creditoribusve sueis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse....* V. LEGRAS, *l. c.*, p. 27-28 et 124.

(4) Sur la question, v. la discussion sommaire de P. F. GIRARD, *Textes de Droit Romain*[5], p. 80-81 et de KIPP, *Geschichte der Quellen des röm. Rechtes*[4], p. 43, ainsi que les références bibliographiques données par ces auteurs.

le cadre de la ville d'Héraclée et se présentent comme un fragment de statut municipal fait pour l'ensemble des communes de citoyens romains et rendu applicable à Héraclée dans des conditions qui nous échappent.

Or, c'est précisément dans cette partie de la Table d'Héraclée que se trouve la liste de ceux qui sont exclus des sénats municipaux et parmi lesquels figurent « ceux qui ont été ou seront condamnés en vertu de la loi Plaetoria ou parce qu'ils ont fait ou auront fait quelque chose de contraire à cette loi ».

Si nous tenons compte du caractère de la partie de la Table d'Héraclée qui contient ce passage, l'interprétation la plus vraisemblable de l'alternative qui y est contenue nous paraît être la suivante.

Le texte de la loi Plaetoria, quel qu'ait été son champ d'application primitif, n'a certainement pas été applicable de plein droit aux cités qui ont été agrégées à la cité romaine postérieurement à sa promulgation. La législation romaine déjà en vigueur n'a été étendue à ces cités que par un acte spécial, tantôt *lex rogata* votée par l'assemblée politique locale, tantôt *lex data* octroyée par la cité souveraine (1). L'alternative de la Table d'Héraclée relative à la loi Plaetoria s'explique, à notre avis, par le souci qu'a eu le rédacteur de cette loi de tenir compte des deux situations différentes qui se rencontraient dans les cités de citoyens romains : celles où la loi Plaetoria était applicable par elle-même et celles où l'application de cette loi ne résultait que d'un acte postérieur ayant valeur législative.

* * *

VII. L'explication des l. 111-112 de la Table d'Héraclée achève la discussion que nous avions entreprise des témoignages relatifs à l'action de la loi Plaetoria. Si, au terme de ces développements, nous voulons grouper dans une brève syn-

(1) V. en particulier, H. LEGRAS, *Table Latine d'Héraclé*, p. 231 sv.

thèse les résultats de ce débat, nous aboutissons aux conclusions suivantes.

Les quatre textes relatifs à l'action de la loi Plaetoria concourent tous à faire reconnaître à cette action le caractère d'une action de droit privé : la Table d'Héraclée, le *de Natura Deorum*, le *de Officiis* placent tous les trois cette action dans une énumération d'actions de droit privé ; quant au fragment *de formula Fabiana*, il confirme ces témoignages en affirmant le caractère noxal de cette action.

En faveur de la coexistence d'une action pénale du droit public, on ne produit qu'un témoignage des textes, celui de CICÉRON dans le *de Natura Deorum* où l'action de la loi Plaetoria est qualifié de *judicium publicum rei privatae*. Or, cette appellation n'a pas la portée qu'on lui donne. La dite action n'est pas, dans le *Natura Deorum*, placée dans la liste des actions de droit public, mais dans celle des actions de droit privé ; en outre, le terme hybride dont on se sert pour la désigner trouve son explication toute naturelle, si on reconnaît à l'action pénale de droit privé créée par la loi Plaetoria le caractère d'action populaire.

Ce témoignage écarté, les partisans de la dualité d'actions de la loi Plaetoria ne peuvent invoquer en faveur de leur thèse que deux conjectures : l'une sur l'existence d'une action en répétition du simple ou d'un multiple qui aurait précédé l'exception de la loi Plaetoria ; l'autre sur l'alternative contenue dans les l. 111-112 de la Table d'Héraclée.

Nous nous sommes efforcé de prouver que l'hypothèse d'actions en répétition qui auraient, à l'époque des Actions de la Loi, précédé certaines exceptions de droit civil est une conjecture des plus contestables. Cette hypothèse nous paraît dénuée de fondement en ce qui concerne la sanction de la loi Cincia. Elle est contredite, en ce qui concerne la loi Plaetoria, par le fait que nous pouvons suivre jusqu'à la fin de l'époque classique, la coexistence de l'action

de droit privé de la loi Plaetoria et de l'exception fondée sur cette loi.

Quant à l'interprétation de l'alternative de la Table d'Héraclée, l. 111-112, comme se référant à la dualité d'actions de la loi Plaetoria, elle n'a aucune attache littérale dans le texte et peut d'autant moins servir, à elle seule, à fonder la thèse de l'existence de deux actions de la loi Plaetoria, que la mention d'une action publique de la loi Plaetoria à cet endroit serait une superfétation. L'explication de cette alternative nous paraît devoir être cherchée dans le transfert d'anciennes lois romaines aux localités qui se sont ultérieurement agrégées à la cité romaine.

Si le droit romain n'a connu, comme nous nous sommes attaché à l'établir, qu'une seule action de la loi Plaetoria, dans laquelle il n'est pas permis de voir le précurseur de l'*exceptio legis Plaetoriae*, un dernier problème se pose qui est celui de savoir si cette loi n'a pas reçu, dès l'époque des Actions de la Loi, une sanction correspondant à celle que lui assurera, sous la procédure formulaire, l'*exceptio legis Plaetoriae*. Cette sanction, si elle a existé, ne semble pas, nous l'avons vu, avoir revêtu la forme d'une action préjudicielle ou d'une action en répétition. Le problème qu'elle pose est donc étranger à l'étude de l'action de la loi Plaetoria, à laquelle seule le présent travail est consacré.

Notons seulement, pour préciser les termes de cette question corollaire, que le problème des précédents historiques des exceptions, rattachées par leur nom à des lois antérieures à la loi Aebutia, se pose avec une acuité plus grande pour la loi Cincia, qui fut une *lex imperfecta*, que pour la lois Plaetoria, qui, selon nous, fut dans toutes ses parties une *lex minus quam perfecta*. La menace de l'action pénale créée par cette dernière loi dut être considérée, au début, comme une protection suffisante du mineur contre des actes de *circumscriptio*. Seul, l'usage révéla l'insuffisance de cette protection et amena le préteur à parfaire la sanction de la loi. Nul doute

qu'il ait pu, dès l'époque des Actions de la Loi, prendre l'initiative de refuser l'action née de l'acte juridique contraire à la loi Plaetoria, s'il avait déjà pris l'habitude de refuser l'action en exécution des donations contraires à la loi Cincia. Un tel problème ne peut être discuté que dans le cadre d'une étude générale sur l'origine historique des exceptions et le pouvoir du magistrat de *denegare actionem*.

J. DUQUESNE.

UNE VIEILLE ACTION DU DROIT ROMAIN
L' « ACTIO DE PASTU »

PAR

A. FLINIAUX

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

UNE VIEILLE ACTION DU DROIT ROMAIN
L'« ACTIO DE PASTU »

On a depuis longtemps attiré l'attention sur le caractère rustique que présente l'ancienne législation romaine (1). C'est ainsi que la loi des XII Tables apparaît comme ayant été faite en réalité « pour un peuple de petits propriétaires ruraux pour lesquels le vrai Code civil était le Code rural » (2). Nombreuses en effet sont ses dispositions qui se rapportent à l'économie rurale : *hortus* (3), *tugurium* (4), entretien des chemins ruraux (5), règlementation de l'écoulement des eaux (6), règles relatives à l'émondage des arbres (7) et au droit d'aller ramasser les fruits tombés sur le fonds voisin (8), peines spéciales contre celui qui coupe les arbres d'autrui (9) et contre celui qui nuitamment coupe ou fait paître par son troupeau les récoltes sur pied (10), actions particulières pour le dommage causé par les animaux domestiques : *actio de pauperie* (11), *actio de pastu* (12).

---

(1) En dernier lieu M. Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, I, p. 17 et ss. ; Girard, *N. R. H.*, 1902, p. 422 (= *Mélanges*, I, 1912, p. 47) ; Mommsen, *Gesammelte Schriften*, III, 1901, p. 374 ; *Mélanges Boissier*, 1903, p. 2 (= *Gesammelte Schriften*, II, 1905, p. 142).

(2) Girard, *op.* et *loc. cit.*

(3) XII Tables, 7, 3, a. (Girard, *Textes*[5], p. 16).

(4) XII Tables, 7, 3, b. (Girard, *op. cit.*, p. 16).

(5) XII Tables, 7, 7 (Girard, *op. cit.*, p. 17).

(6) XII Tables, 7, 8, a. (Girard, *op. cit.*, p. 17).

(7) XII Tables, 7, 9 (Girard, *op. cit.*, p. 17).

(8) XII Tables, 7, 10, (Girard, *op. cit.*, p. 17).

(9) XII Tables, 8, 11 (Girard, *op. cit.*, p. 19).

(10) XII Tables, 8, 9 (Girard, *op. cit.*, p. 18).

(11) XII Tables, 8, 6 (Girard, *op. cit.*, p. 18).

(12) XII Tables, 8, 7 (Girard, *op. cit.*, p. 18).

Cette dernière action, l'« énigmatique » *actio de pastu*, comme l'appelait en passant le regretté Paul Huvelin dans son ouvrage sur le *furtum* (1), était en particulier destinée dans le Code décemviral à donner satisfaction à un besoin qui dut se faire sentir de façon pressante chez tous les peuples pour lesquels presque toute l'activité économique était encore restreinte à la culture des champs et à l'élevage du bétail (2). Il devait en effet arriver fréquemment que des dégâts fussent causés aux champs par les animaux domestiques appartenant à autrui, qui y venaient paître (3). D'où nécessité de réprimer ces actes préjudiciables à la bonne exploitation des terres. Cette préoccupation se rencontre dans la plupart des anciennes législations. Deux mille ans environ avant notre ère, le Code Babylonien d'Hammurabi contenait des prescriptions contre le berger qui menait paître son troupeau dans un champ à l'insu du propriétaire (4). Pour la Grèce, Platon nous apprend

---

(1) P. HUVELIN, *Etudes sur le « furtum »*, I, Lyon-Paris, 1915, p. 62, n. 4.

(2) Pour la Grèce, cons. G. GLOTZ, *Le travail dans la Grèce ancienne*, Paris, 1920, p. 43, et pour Rome, M. VOIGT, *Die römischen Privataltertümer*, p. 296 et ss. (*Handbuch der klass. Altertumswiss.* de MÜLLER, IV, 2, 2e éd., Munich, 1893). De nombreux et précieux renseignements se rencontrent chez les agronomes latins : M. PORCIUS CATO (516-601 ab U. c.) dans son *De agri cultura;* M. TERENTIUS VARRO dans ses *Rerum rusticarum l. III*, écrits en 37 avant J. C.; M. JUNIUS MODERATUS COLUMELLA dans son *De re rustica*, écrit vers l'an 65 après J. C.

(3) JUVÉNAL, *Sat.*, XIV, 145 et ss., parle des bœufs maigres et des chevaux faméliques lancés dans les blés verts d'un voisin :

Quorum si pretio dominus non vincitur ullo,
Nocte boves macri, lassoque famelica collo
Jumenta, ad virides hujus mittentur aristas ;
Nec prius inde domum, quam tota novalia saevos
In ventres abeant, ut credas falcibus actum.

(4) Code d'HAMMURABI (traduction SCHEIL, 1904), § 57 : Si un berger ne s'est pas entendu avec le propriétaire d'un champ pour y faire paître ses moutons et à l'insu du propriétaire, a fait paître le champ à ses moutons, le propriétaire fera la moisson de ses champs et le berger qui, à l'insu du propriétaire, a fait paître le champ à ses moutons donnera au propriétaire 20 *gours* de blé par 10 *gans* de superficie ; § 58 : Si, après que les moutons sont sortis du canton et que le bétail tout entier s'est remisé sous les portes, un berger a conduit ses moutons sur un champ et a fait paître le champ

dans ses *Lois* que celui qui commettait de tels actes était condamné à la réparation du dommage (1). Riches en dispositions de ce genre sont, d'autre part, les lois des peuples barbares (2). Contentons-nous de citer la loi Salique (3), la loi des Burgondes (4), la loi des Visigoths (5), l'édit de Rotharis (6).

à ses moutons, le berger gardera le champ qu'il a fourragé et, lors de la moisson, il mesurera au propriétaire 60 *gours* de blé par 10 *gans*.(Une traduction à peine différente a été donnée par le P. Scheil dans *Ministère de l'Instruction publique et des Beaux arts. Délégation en Perse. Mémoires.* Tome IV, Paris, 1902, p. 139 et ss.). A rapprocher des dispositions du Code d'Hammurabi, celles que contient le Code hittite (traduction Hrozic, Paris, Geuthner, 1922, p. 64, p. 68) : § 79 : Si des bœufs à un champ vont, le maître du champ les trouve, pour un jour il les attelle, dès que les étoiles viennent, alors il les rend à leur maître ; § 86 : Si un porc dans un pré ou un champ va, alors le maître du pré, du champ, du jardin le blesse grièvement et il meurt, alors à son maître il le rend. Mais s'il ne le donne pas, alors il devient détenu.

(1) Platon, *Leges*, VIII, 9, 843[d] : καὶ ἐάν τις βοσκήμαια ἐπινέμῃ, τὰς βλάβας ὁρῶντες κρινόντων καὶ τιμώντων. Cons. Thonissen, *Le droit pénal de la république athénienne*, Bruxelles-Paris, 1875, p. 276 ; Meier-Schömann, Ed. Lipsius, *Der attische Process*, Berlin, 1883-1887, II, p. 652 ; Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris, 1897, IV, p. 388.

(2) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, II, 1892, p. 531 et ss.

(3) Lex Salica, titre 9, Add. 2 (Behrend, *Lex Salica*, p. 13) : *Si vero per inimiciam aut per superbia sepem alienam aperuerit et in messe, in prato, in vinia vel qualibet laborem pecora miserit, cujus labor est, si convictus eum fuerit ad testibus, stematum damnum reddat — et insuper — sol. 30 culp. iud.*

(4) Lex Burgund., XXVII, 4 (Ed. de Salis, dans *M. G. H.*, in-4°. *Leges*, Sect. I, t. 2, 1, p. 64) : *Si quis sepem alienam aperuerit et caballos suos aut animalia in messem aut in pratum voluntarius miserit, si ingenuus est, per singula animalia inferat pro messis vel prati damno domino solidos singulos.*

(5) Lex Visig., VIII, 3, 10 (Ed. Zeumer, dans *M. G. H.*, in-4°. *Leges*, Sect. I, t. 1, p. 325) : *Qui iumenta vel boves aut quecumque pecora volontarie in vineam vel messem miserit alienam, damnum, quod fuerit estimatum, cogatur exolvere* ; VIII, 3, 11 (*ibid*, p. 325) : *Si cuiuslibet qualiacumque animalia vineam vel messem everterint alienam, ille cuius animalia damnum intulerint, tantum vinee vel agri cum frugibus eius meriti domino de suo restituere non moretur, quantum exterminatum esse cognoscitur ; ita ut collectis frugibus, ille recipiat, qui dedisse videtur. Et si non habuerit agrum aut vineam unde conponat, tantum fruges reddat, quantum in equali parte agri vel vinee fuerit estimatum.*

(6) Edit de Rotharis, 344 (Ed. Bluhme, dans *M. G. H.*, in f°. *Leges*, IV, p. 78) : *Si quis caballus aut armenta asto animo in messe aliena aut in prato aut in quolibet damnum miserit, componat per caput solidum unum,*

Si, après cette rapide incursion dans le droit comparé, nous revenons, pour ne plus le quitter, au droit privé romain (1), nous voyons que le dommage causé par les animaux domestiques qui paissaient sur le champ ou le pâturage d'autrui donnait lieu à l'exercice d'une action spéciale, au sujet de laquelle le jurisconsulte Ariston, cité par ULPIEN au *Digeste* (2) nous apprend à la fois qu'elle s'appellait *actio de pastu* et qu'elle venait des XII Tables. C'est donc que cette vieille action du droit romain n'était pas tombée en désuétude à l'époque classique, à un moment cependant où sur la base du délit du *damnum injuria datum* un système unitaire de responsabilité délictuelle était en train de s'édifier, relativement aux dommages causés à la chose d'autrui. D'autre part, à côté des rapports plus ou moins étroits que le *pastus* pouvait

---

excepto damnum.... Si iuraverit (quod asto animo non misisset), *sit exsolutus a culpa, tamen damnum componat.*

(1) Nous n'étudions ici que le *pastus* en droit privé. Nous n'ignorons cependant pas l'intérêt que présente l'étude du *pastus* en droit public. Les lois agraires s'en sont occupées : Loi Thoria, de date incertaine, que cite CICERON, *De oratore*, II, 70, 284, à propos d'un bon mot d'Appius *qui in senatu, quum ageretur de agris publicis, et de lege Thoria, et premeretur Lucilius ab iis, qui a pecore ejus depasci agros publicos dicerent* : « *Non est, inquit, Lucilii pecus illud ; erratis* (*defendere Lucilium videbatur*) : *ego liberum puto esse ; qua lubet, pascitur* » ; Loi agraire de 643, qui décida, ligne 14, que chacun n'aurait le droit de faire paître gratuitement sur l'*ager publicus* qu'un certain nombre de *pecudes majores* et de *pecudes minores* (GIRARD, *Textes*[5], p. 49 : *Quei in agrum compascuom pequdes maiores non plus X pascet..*), et, ligne 26, que chacun pourrait user des *calles* (chemins, réservés aux troupeaux, qui relient les paturages d'hiver à ceux d'été. Cf. VARRO, *rer. rustic.* II, 2, 9, 10) pour y faire transhumer ses troupeaux et les faire paître durant le voyage. (GIRARD, *Textes*[5], p. 51 : *Quod quisque pecudes in calleis viasve publicas itineris causa induxerit ibeique pavcrit.....* Cons. principalement GRENIER, *La transhumance des troupeaux en Italie*, Mélanges hist. et arch. de l'Ecole de Rome, 25, 1905, p. 296, p. 321 ; TRAPENARD, *L'ager scriptuarius*, Thèse, Paris, 1908, p. 24 et ss). Pour l'époque impériale, voir en plus de la plainte de la commune de Coronée contre celle de Thisbé, à la suite de laquelle intervint une décision d'Antonin le Pieux (*Bull. de Corresp. Hellén.*, 1881, p. 452 et ss.), une const. des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (384-392) rapportée au Code de JUSTINIEN, 11, 67 (66), *De fundis et saltibus rei dominicae*, 1.

(2) ULPIEN, 41 *ad Sabinum*, *D.*, 19, 5, *De praesc. verbis*, 14, 3. Voir *infrà*, p. 8.

avoir avec le *furtum*, notre *actio de pastu* avait nécessairement des points de contact marqués avec une autre action des XII Tables à laquelle elle s'apparente, à savoir l'*actio de pauperie*, donnée comme noxale contre le propriétaire du quadrupède qui a causé à autrui un dommage (*pauperies* = dommage commis par un quadrupède) (1).

On voit par ces rapprochements la place importante qu'occupe l'*actio de pastu* dans l'ensemble des actions pénales ayant pour but de réprimer en droit romain les atteintes à la chose d'autrui. Il convient donc de fixer de façon précise les domaines respectifs du *damnum injuria datum*, du *furtum*, de la *pauperies* par rapport au *pastus*, à la suite de quoi se dégagera pleinement la véritable physionomie de l'*actio de pastu*. Malheureusement la rareté des sources, leur laconisme et plus encore les contradictions qu'elles renferment ne laissent pas de rendre le problème des plus ardus. Depuis Cujas et Jacques Godefroy qui paraissent avoir été les premiers à vouloir déchiffrer l'énigme, tous les romanistes invinciblement ont été conduits à choisir entre les deux systèmes irréductibles que voici :

D'après une première opinion, fondée sur un texte des *Sentences* de Paul (2), qui fut proposée par Cujas (3), défendue

---

(1) *D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1, *pr.* : *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege Duodecim Tabularum descendit : quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre* ; Paul Diacre, v° *Pauperies* (Ed. de Festus, par Mueller, Leipzig, 1880, p. 220) : *Pauperies damnum dicitur, quod quadrupes facit.*

(2) *Sent.* Paul, 1, 15, 1. Voir *infrà*, p. 20.

(3) *a*) Notae (priores) in librum IV Inst. Just. (Bourges, février 1556), in caput IX, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur*, V^is^ *Pauperies autem* (*Op. omn.* éd. Paris, 1617, I, col. 149 = éd. Fabrot, Paris, 1658, I, col. 270) : Quid ergo fiet, si quadrupes depasta sit agrum alienum? depasci enim est uti : uti autem non est damnum dare, l. qui occidit § si quis alien. *ad leg. Aquil.*, sed tamen una eademque lege simul de pauperie quadrupedum et de pastu pecoris, prodita est noxalis actio, auctore Paulo lib. I Sentent. eod. tit. — *b*) In Julii Pauli receptarum Sententiarum ad filium lib. V interpretationes, in lib. I, tit. XXIII = 1, 15, 1 (*Op. omn.*, éd. Paris, 1617, I, col. 213 = éd. Fabrot, Paris, 1658, I, col. 373) : Non tantum de pauperie, sed etiam

au XVIII^e siècle par SCHULTING (1) et admise depuis le début du XIX^e siècle par de nombreux auteurs (2), l'*actio de pastu* serait une action, à la vérité distincte de l'*actio de pauperie*, mais ayant comme elle le caractère noxal, de telle sorte qu'elle serait donnée, non pas en raison d'un acte délictueux du maître de l'animal, mais du chef de l'animal lui-même considéré comme ayant commis un délit.

La seconde opinion qui est celle de Jacques GODEFROY (3)

---

de pastu pecoris ex XII. tab. est noxalis actio, l. qui servandarum § ultim. ff. de praescript. verb. Simul autem, ut hic locus indicio est, de pauperie et de pastu Decemviri actionem dederunt. Nec enim sufficiebat de pauperie actio, quia pastus pecoris pauperies aut damnum non est — c) In tit. V., de praescript. verb., lib. IX Digest. commentarium (œuvre posthume), ad leg. XIV = qui servandarum mercium (*op. posth.* éd. Paris, 1617, III, col. 934 *in fine* = éd. Fabrot, Paris, 1658, IV, pars prior, col. 891) : ex tua arbore glans decidit in meum fundum.... Ego eam glandem misso meo pecore depasco : non teneor actione de pauperie (pauperies est damnum quadrupedum quo sua sponte dant, nec immissae aut impulsae), nam pastus pecoris non est pauperies vel damnum. Depasci est uti. Uti non est damnum dare. Qui alienum vinum bibit, damnum non dat, l. qui occidit § si quis alien. *ad leg. Aquil.*... Ideo in 12 Tabul. actio de pastu separatur ab actione de pauperie. Addendum, non esse actionem de pastu pecoris, quoniam in tuo non pasco, sed in meo, deinde quia ego immisi pecus : tunc enim tantum est actio de pastu, cum pecus depascitur sua sponte.

(1) *Jurisprudentia antejustinianea*, Leipzig, 1737, sous PAUL, *Sent.* l. I, tit. XV, note 4 : V^is *quidve depasta sit.*

(2) En plus des pandectistes qui ont tous adopté ce premier système (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, §. 457, n. 10, 8^e éd. par KIPP Francfort, 1900, II, p. 922 ; VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*[7], III, 1876, § 689, p. 596 ; DERNBURG, *Pandekten*[7], II, Berlin, 1903, p. 366) nous citerons dans l'ordre chronologique : DIRKSEN, *XII Tafeln*, Leipzig, 1824, p. 536 ; GESTERDING, *Rechtsverhältnisse in Beziehung auf fremde Tiere*, dans *Zeits. f. Zivilrecht und Prozess*, Bd. IV, Giessen, 1831, p. 279 ; UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre von den Schuldverhältnissen*, Leipzig, 1840, II, p. 713 ; RADLOFF, *Haftung des Eigentümers für den durch seine Tiere angerichteten Schaden nach römischen Recht*, Leipzig, 1883, p. 63 et ss. ; EISELE, *Jahrbücher für die Dogmatik*, neue Folge, Bd. XII, 1886, p. 495 et ss. ; GIRARD, *Les actions noxales*, *N. R. H.*, 11, 1887, p. 412, n. 3 = *Mélanges* II, p. 313, n. 2 ; *Manuel*[7], Paris, 1924, p. 415, n. 1 ; LENEL, *Edictum*[1], p. 156 ; *l'Edit.*, I, p. 226 ; *Edictum*[2], p. 193, n. 2 ; HIERONIMI, *Die Haftung des Eigentümers für seine Tiere nach römischem Recht*, Diss. Erlangen, 1897, p. 48 et ss.

(3) Fontes quatuor juris civilis : V. notae ad fragmenta XII Tab., V^is *Si quadrupes pauperiem* (*Thesaurus juris romani* d'OTTO, Lugduni Batavorum,

et qui a été adoptée par un nombre d'auteurs aussi imposant que le nombre de ceux qui soutiennent le premier système (1), voit au contraire dans le texte d'ARISTON précédemment cité la preuve formelle que l'*actio de pastu* était, de par sa nature même, donnée directement contre le maître de l'animal, en raison du fait propre du maître, et non pas en vertu d'un délit de l'animal. Elle ne saurait donc avoir le caractère noxal que semble lui reconnaître le texte des *Sentences* de PAUL.

De quel côté se trouve la vérité? C'est ce que nous nous proposons de rechercher à notre tour. Dans ce but il nous paraît indispensable de soumettre à une rigoureuse exégèse tous les textes qui jusqu'à maintenant ont été versés dans le débat. Seulement ensuite pouvons-nous espérer établir sur des bases solides une théorie de l'*actio de pastu*.

1727, III, col. 175) : *Pauperiei* appellatione lex haec damnum omne, quod quadrupes feritate commota facit, complectitur : ut puta, *si quid depasta sit*, non imminente scilicet domino. Nam si dominus immiserit, non haec noxalis actio, verum altera, *de Pastu pecoris* in dominum, velut ex suo proprioque delicto, his Tabulis prodita erat : cujus meminit Ulpianus in l. 14 in fin. ff. de praescriptis verbis. Et ita quidem caput hoc *de pauperie*, ab altero illo, *de pastu pecoris*, quod hactenus confundunt, contra apertissimam Ulpiani mentem in d. l. 14 separandum : simulque Paulus lib. 1 Sententiarum tit. 15 a quorumdam nota liberandus est. Denique et ex his constat, *de pastu pecoris spontaneo* hoc capite nominatim sancitum aliquid non fuisse : quando quidem *pauperiei* appellatio et hanc speciem satis complectatur.

(1) GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen, 1808, p. 275 et ss. ; THIBAUT, *Versuche über einzelne Theile des Rechts*, 2e éd., Bd. I, Iena, 1817, p. 199 ; ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg, 1818, p. 106 et ss. ; v. WENING-INGENHEIM (J. N.), *Die Lehre vom Schadenersatze nach römischem Rechte. Eine civilistische Abhandlung*, Heidelberg, 1841, p. 155 ; PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, p. 222 ; *Labeo*, II, 2, p. 59 ; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig, 1883, II, p. 537 ; CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, 1re éd., 1891, p. 359, 2e éd., 1905, p. 90, notes 7 à 9 ; *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 568, n. 4 ; *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de DAREMBERG et SAGLIO, articles *noxalis actio* (IV, 1re partie, p. 115) et *pastus* (*Ibidem*, p. 340) ; HOENIGER, *Die actio de pauperie*, Diss. Freiburg i. B., 1894, p. 44 et ss. ; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 834, n. 5 = *Le droit pénal romain*, trad. DUQUESNE, 1907, III, p. 156, n. 5 ; SCHULTEN, *Prozess wegen Weidefrevel*, dans Festschrift zu Otto Hirchfelds sechzigstem Geburtstage, Berlin, 1903, p. 179, n. 1.

I. — Les sources

§ 1. — *Sources juridiques.*

A. Sources provenant des compilations de Justinien.

a) Digeste

1. Ulpien, 41 *ad Sabinum*, *D.*, 19, 5, *De praescriptis verbis*, 14, 3. Pal. 2867.

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam : Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim (= possis (1)) : nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque [de (2)] damni iniuriae agi posse : in factum itaque erit agendum.

Le fragment 14 d'Ulpien est extrait du livre 41 de son ouvrage les *Libri ad Sabinum*, où, vraisemblablement dans l'ordre de leurs développements (3), il commentait les *Libri iuris civilis* de Masurius Sabinus. La matière de ce livre 41 se rapportait entièrement au *furtum* qui avait déjà fourni l'objet de la seconde partie du livre 40, et dont l'étude se poursuivait au livre 42 qui lui était encore entièrement consacré. Les développements relatifs au *furtum* se succédaient dans ces trois livres dans l'ordre suivant : notion du *furtum* (livres 40-41) ; sanction du *furtum* (livre 42). Pour son commentaire des *Libri iuris civilis* de Sabinus, Ulpien utilisa

(1) L'expression *experiri possim*, qui se rencontre dans tous les manuscrits du *Digeste*, est certainement défectueuse, puisque dans son sens naturel elle voudrait dire qu'Ariston ne voit pas la *legitima actio*, par laquelle moi qui ai fait paître le gland à mon *pecus*, je pourrai agir. Or il ne peut être question ici que d'une action à donner au propriétaire du fonds sur lequel se trouve l'arbre d'où est tombé le gland. Aussi, à la suite d'Eisele (*Z. S. St.*, XVIII, 22, suivant l'indication de Krueger lui-même, à la fin de sa réédition), P. Krueger propose-t-il dans la 13e éd. stéréotypée du *Digeste* de Mommsen, Berlin, 1920, de remplacer *possim* par le mot *possis* qui donne à la phrase un sens satisfaisant.

(2) A supprimer, suivant Mommsen.

(3) En ce sens Lenel, *Das Sabinussystem* (Festgabe der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Strassburg für Jhering), Strassburg, 1892, p. 69 et ss.

l'annotation qui avait été faite de cet ouvrage (1) par le jurisconsulte ARISTON, en qui il faut voir TITIUS ARISTO, disciple de Cassius Longinus et ami de Pline le Jeune (2). Plusieurs fragments d'ULPIEN extraits de ses *Libri ad Sabinum* contiennent en effet l'opinion d'ARISTON (3) et il en est ainsi précisément de notre fragment 14, *De praescriptis verbis*.

A cet endroit de son commentaire, ULPIEN, ayant sous les yeux les textes de SABINUS, l'annotation correspondante d'ARISTON, les *Libri ad Sabinum* de POMPONIUS (4), étudie un certain nombre d'espèces concrètes pour lesquelles on pouvait se demander s'il s'agissait ou non d'un *furtum*. Il fut ainsi amené à examiner, à la suite de plusieurs autres (5), le cas suivant qui, s'il est impossible de savoir s'il avait été imaginé par SABINUS ou ARISTON, avait été certainement étudié par ARISTON de qui ULPIEN rapporte l'opinion :

Une personne a fait paître à son bétail *(pecus)* des glands (6) qui étaient tombés d'un arbre planté sur le fond voisin. Par quelle action pourra-t-on agir contre elle?

---

(1) Et non, comme le pense à tort MOMMSEN, *Sextus Pomponius* (Zeits. für Rechtsgeschichte, VII, 1868, p. 475) du traité *De furtis*, ouvrage indépendant de SABINUS. En notre sens : BREMER, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, Lipsiae, 1896-1901, II, 2, p. 393 ; P. KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2], Leipzig, 1912, p. 180, n. 161.

(2) Sur ARISTON, cons. MOMMSEN, *op. cit.*, p. 474 et ss. ; BREMER, *op. cit.*, II, 2, p. 359 et ss. ; P. KRUEGER, *op. cit.*, p. 179 et ss.

(3) Voir dans BREMER, *op. cit.*, II, 2, p. 363, le relevé des citations d'ARISTON contenues dans les *Libri ad Sabinum* d'ULPIEN.

(4) Cité par Ulpien au § 2 de notre fragment (voir la note suivante).

(5) Cas de celui qui a jeté à la mer les marchandises d'autrui pour conserver les siennes propres (*pr.*) : il est tenu suivant les cas d'une action *in factum* ou de l'action de dol ; cas de celui qui a dépouillé de ses vêtements un esclave qui est mort de froid (§ 1) : à l'égard des vêtements de l'esclave il sera tenu de l'*actio furti*, en ce qui touche l'esclave lui-même d'une action *in factum* ; cas de celui qui a jeté dans le fond de la mer une coupe d'argent appartenant à autrui (§ 2) : Pomponius au livre 18 (et non pas 17 comme le portent par erreur les mss. Cf. LENEL, *Palingenesia*, II, col. 126, n. 2) de ses *Libri ad Sabinum* déclare inapplicable aussi bien l'*actio furti* que l'action de la loi Aquilia, et donne en conséquence une *actio in factum*.

(6) C'est dans le sens large de « fruits des arbres » qu'il faut prendre ici le terme *glans*, comme des textes le disent expressément à propos de l'interdit

ARISTON ne voit pas l'action légale *(legitima)* que l'on pourrait intenter, car, selon lui, ni l'*actio de pastu*, ni l'*actio de pauperie*, ni l'action de la loi Aquilia ne sont applicables au cas envisagé. Mais il n'a trouvé bon de justifier son opinion qu'à l'endroit de l'*actio de pastu*. Cette action, déclare-t-il, ne peut s'appliquer au cas présent parce que c'est sur son propre fonds (et non pas sur le fonds d'autrui, devons-nous conclure *a contrario*) que le bétail a pâturé (1).

Quant aux motifs qui ont fait rejeter à ARISTON les deux autres actions, il est facile de les deviner :

Pour ce qui est d'abord de l'*actio de pauperie*, c'est ce fait qu'elle se trouve nécessairement écartée toutes les fois que l'animal qui a causé le dommage a été poussé par un tiers à le commettre. C'est le cas du cheval qui, frappé ou blessé par quelqu'un, a donné un coup de pied à une autre personne (2). Dans l'hypothèse, prévue par notre frag. 14, le maître du troupeau l'a poussé à manger les glands : *immisso pecore depascam*. C'est aussi cette raison que l'*actio de pauperie* — tout au moins dans le droit récent, qui est celui en vigueur à l'époque d'ARISTON (3) — suppose un dommage causé par

---

de glande legenda : ULPIEN, 71 *ad ed.*, *D.*, 43, 28, *De glande legenda*, 1, 1 : *glandis nomine omnes fructus continentur* ; GAIUS, 4 *ad leg. duodecim tab.*, *D.*, 50, 16, *De verb. sign.*, 236, 1 : *glandis appellatione omnis fructus continetur, ut Iavolenus ait, exemplo graeci sermonis, apud quos omnes arborum species* ἀκρόδρυα *appellantur.*

(1) Le *quia non in tuo pascitur* ne peut être un glossème à cause des *Basiliques*, XX, 4, 14 (Heimbach, II, p. 381) : χώρα τῇ ἐν φακτουμ, οὐ μὴν τῇ περὶ νομῆς θρεμμάτων ἐπειδὴ μὴ εἰς τὸν σὸν ἀγρὸν ἐβόσκησα = locus est actioni in factum, non de pastu pecoris : quia non in tuo fundo depavi.

(2) ULPIEN, 18 *ad ed.*, *D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1, 7 : ... *si equus dolore* (ou *dolone*) *concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit..... teneri.*

(3) Cette distinction entre le dommage causé par l'animal *secundum naturam* et celui causé *contra naturam* n'a pu se dégager qu'à une époque où a été reconnu le principe de l'imputabilité, c'est-à-dire à la fin de la République (Servius Sulpicius, Q. Mucius Scaevola). En ce sens GIRARD, *Les actions noxales*, *N. R. H.*, 11, 1887, p. 412, n. 1 (= *Mélanges*, II, p. 312, n. 1) et les auteurs cités par lui.

l'animal contrairement à sa nature, *contra naturam* (1). Or le fait pour un animal de manger les fruits de la terre propres à sa nourriture, constitue sans nul doute un acte conforme à sa nature.

L'*actio legis Aquiliae*, elle, est exclue, parce que le dommage n'a pas été causé *corpore*, c'est à dire ne résulte pas d'un acte matériel de l'agent. C'est la raison donnée expressément par ULPIEN dans l'hypothèse rapportée plus haut de la personne qui a frappé ou blessé le cheval : *utique, ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit.* C'est aussi ce qui a lieu quand une personne se borne à exciter son chien à vous mordre, sans le tenir dans ses mains (2).

A défaut de ces trois actions : *de pastu, de pauperie, legis Aquiliae*, le § 3 de notre fragment 14 donne, sans que l'on puisse déterminer avec certitude si nous sommes en présence d'une décision d'ARISTON ou d'ULPIEN (3), une action *in factum* qui est accordée en pareil cas (4), et pour laquelle nous n'avons pas à rechercher ici s'il s'agit d'une *actio in factum* proprement dite ou d'une action utile *legis Aquiliae*.

2. ULPIEN, 24 *ad edictum, D.*, 10, 4. *Ad exhibendum*, 9, 1. Pal. 721.

Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego

(1) ULPIEN, 18 *ad ed., D.* 9, 1. *Si quadrupes*, 1, 7 : *Et generaliter haec actio locum habet quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit* ; Inst. Just., 4, 9, *Si quadrupes, pr.* : *Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet.* Sur la portée de cette règle, cons. GIRARD, *op. cit.*, *N. R. H.*, 12, 1888, p. 46, n. 2 (= *Mélanges*, II, p. 369, n. 1).

(2) ULPIEN, 18 *ad ed., D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquiliam*, 11, 5.

(3) Nous inclinons à penser que nous avons affaire à la décision d'ARISTON, car on s'expliquerait difficilement qu'ULPIEN n'ait pas en même temps indiqué l'exercice possible de l'*actio ad exhibendum* que, dans la même hypothèse, il propose avec POMPONIUS au livre 24 de ses *Libri ad edictum* (*D.*, 10, 4, *Ad exhib.*, 9, 1. Voir *infrà*, p. 11 *in fine*).

(4) *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 11, 5 : Cas de la personne qui a frappé ou blessé le cheval : *sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri* ; cas de la personne qui a excité un chien à vous mordre sans le tenir dans ses mains : *ceterum, si non tenuit, in factum agendum.*

[illegible] [illegible] [illegible] [

l'approuvant, la décision qui devait figurer vraisemblablement dans le commentaire de l'Edit de ce jurisconsulte au titre *Ad ex hibendum* (1), donne contre le maître du troupeau l'action *ad exhibendum*, en tenant le raisonnement suivant : si les glands n'avaient pas été mangés par le troupeau et que le propriétaire de ces glands eût été empêché d'aller les ramasser, il aurait pu demander par l'action *ad exhibendum* que les glands lui fussent représentés. Sa situation ne doit pas être modifiée dans le cas où le propriétaire du fonds, sur lequel étaient tombés les glands, les a fait paître par son troupeau. Car on peut dire alors qu'il s'est mis par son dol dans l'impossibilité de les restituer. L'action *ad exhibendum* sera donc encore possible contre lui.

3. Pomponius, 17 *ad Quintum Mucium*, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquiliam*, 39. Pal. 274.

Quintus Mucius scribit : equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit : quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset visum est agere posse. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere

(1) *Sic* Lenel, *Palingenesia*, Pomponius 107. On pourrait toutefois se demander si la décision de Pomponius ne se trouvait pas plutôt dans ses *Libri ad Sabinum*. N'est-ce pas en effet du livre 18 de cet ouvrage qu'est extrait le fragment 15 du titre *Ad exhibendum* au *Digeste* (Pal. 657), où, relativement à la matière du *furtum*, était évoqué l'exercice possible de l'action *ad exhibendum* contre celui qui a possédé par dol? Et n'est ce pas dans ce même livre 18 qu'Ulpien, au fragment 1 § 2 du titre *De praescriptis verbis*, (paragraphe qui précède immédiatement celui (§ 3) relatif au pacage des glands), nous dit avoir puisé l'opinion de Pomponius qu'il cite (voir *supra*, p. 9, n. 5)? Mais l'argumentation ne nous paraît pas suffisamment forte en face de cette considération que, s'il en était ainsi, on ne comprendrait pas qu'Ulpien n'ait pas songé à compléter l'annotation d'Ariston en mentionnant l'exercice possible de l'action *ad exhibendum* qui lui était révélé par la lecture du livre correspondant du commentaire de Pomponius *ad Sabinum*. Si au contraire la solution de Pomponius figurait dans ses *Libri ad edictum*, on peut excuser Ulpien d'avoir oublié en écrivant ses *Libri ad Sabinum* cette décision qu'il avait rapportée dans ses propres *Libri ad edictum*.

debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones (1). Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum : sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

Ce fragment extrait du livre 17 du commentaire de Pomponius des *Libri iuris civilis* de Quintus Mucius Scaevola rapporte successivement : 1° le passage de l'ouvrage de Q. Mucius Scaevola qui renferme l'indication du *casus* et la solution à lui donner ; 2° les réflexions que ce passage suggère à Pomponius. Examinons séparément les deux parties de notre texte :

1° Le cas examiné par Q. Mucius est le suivant : on a fait avorter une jument qui était pleine en la chassant du fonds d'autrui où elle paissait. Le maître de cette jument pouvait-il intenter l'action de la loi Aquilia contre celui qui l'avait ainsi chassée, en soutenant qu'il tombait sous le coup du troisième chef de la loi Aquilia (2)? Ne pouvait-on pas soutenir en effet qu'il y avait *ruptio*? Q. Mucius, qui paraît approuver la solution, nous apprend que l'on décida que l'on pourrait agir par l'action de la loi Aquilia, soit que la jument ait été frappée, soit qu'elle ait été expulsée à dessein violemment : *si percussisset, aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.* Mommsen, sans doute influencé par le *aut consulto vehementius egisset*, propose de substituer aux mots *in iciendo*, que portent tous les manuscrits, l'expression *in abigendo*. Nous pensons que c'est à tort, pour les deux raisons suivantes : l'une, d'ordre philologique et paléographique, l'autre d'ordre juridique : *iciendo* est le

(1) Les *Basiliques*, dans la paraphrase de notre fragment, LX, 3, 39 (Ed. Heimbach, V, p. 310), emploient le singulier : ἔχει γὰρ ἀγωγήν.

(2) Ulpien, 18 *ad edictum*, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquiliam*, 27, 5 : *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia* : « *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* » ; 6 : *Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit fregerit ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit.*

gérondif (à l'ablatif), normalement constitué, du vieux verbe latin *icio, ici, ictum, icere*, qui signifie frapper. Comment expliquer que les copistes, s'il n'y figurait pas réellement, aient inventé de toutes pièces ce mot? N'est-il pas plus vraisemblable de penser qu'ils ont fidèlement reproduit ce mot vieilli, peut-être même sans le comprendre? D'autre part le mot *ictus*, dérivé de *icere*, se trouve employé dans une citation du jurisconsulte M. Junius Brutus reproduite par Ulpien dans ses *Libri ad edictum* (livre 18 consacré au commentaire du titre de l'Edit *Ad legem Aquiliam*), précisément dans un cas semblable à celui examiné par Q. Mucius, si bien que l'on peut même se demander si Q. Mucius n'avait pas sous les yeux le texte de Brutus : *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquiliam*, 27, 22 : Si mulier pugno vel equa *ictu* a te percussa ecciderit, Brutus ait (te) Aquilia teneri quasi rupto. Comme on le voit, Brutus n'hésitait pas à assimiler à une *ruptio* le fait de faire avorter une jument en la frappant, et en conséquence il donnait dans ce cas l'action directe de la loi Aquilia. Or, et c'est là la seconde raison à faire valoir, celle-là d'ordre juridique, l'action *directe* de la loi Aquilia, si elle se conçoit parfaitement dans le cas où des coups ont été portés à la jument, ne peut au contraire être employée dans le cas où quelqu'un *consulto vehementius egisset*. Nous sommes en effet alors en présence d'un *damnum non corpore datum*, et il ne peut plus être question que d'une action *utile* de la loi Aquilia (1). Comme Q. Mucius n'envisage que l'exercice de l'action directe : *lege Aquilia agere*, nous en concluons que Q. Mucius n'a pu embrasser que l'hypothèse où l'on a frappé la jument. Nous inclinons donc à penser que les mots *aut consulto vehementius egisset* ou même la phrase incidente toute entière : *si percussisset aut consulto vehementius egisset*

(1) Gaius, III, 219 : *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit ; idecque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit ut rumperetur.*

ne se trouvaient pas dans le texte original de Q. MUCIUS et qu'ils y ont été introduits par les compilateurs.

2° Le cas examiné par Q. MUCIUS, à la différence de celui déjà étudié par BRUTUS, présentait une difficulté particulière de ce fait que la jument était supposée avoir été chassée alors qu'elle paissait sur le fonds d'autrui. La loi Aquilia, comme on le sait, exigeait que le dommage ait été commis *injuria*, c'est à dire contrairement au droit. Ses dispositions ne pouvaient être appliquées lorsque le *damnum* pouvait être considéré *jure datum*. Or celui qui expulse même violemment un animal domestique, appartenant à autrui, qu'il surprend en train de pâturer sur son propre fonds, agit-il ainsi sans droit, commet-il véritablement un *damnum injuria datum*? Q. MUCIUS ne paraît pas s'être posé la question, ou tout au moins cela ne ressort pas de sa façon de s'exprimer. Il a envisagé le problème, comme d'ailleurs on l'y invitait, du point de vue étroit de la nature du dommage. POMPONIUS — et non les compilateurs, comme certains auteurs l'ont soutenu (1) — l'envisage, lui, du point

(1) RICCOBONO, *Communio e comproprietà*, communication faite au Congrès intern. des sciences historiques de Londres en 1913, et publiée dans *Essays in legal History read before the international congress of historical studies held in London in* 1913, *edited by Paul Vinogradoff*, Oxford, 1913, p. 75, n. 3, pense que le passage de POMPONIUS a été complètement interpolé par les commissaires de Justinien qui auraient voulu de cette façon faire pénétrer dans l'œuvre des jurisconsultes de l'époque classique les idées de tolérance, de paix, d'amour du prochain, qui sont le propre de la morale chrétienne. Il reprend ici sur un point spécial sa thèse générale relative à l'influence du christianisme dans la législation de Justinien qui, développée par lui dans : *L'influenza del cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*, discours prononcé au Congrès intern. des sciences hist., de Berlin, 1908, et publié dans la *Rivista di Scienza* « *Scientia* », vol. V (1909), n. IX, 1 (reproduit avec des notes plus étendues sous le titre : *Cristianesimo e diritto privato* dans la *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 37 et ss.), a été déjà critiquée dans son ensemble par BAVIERA, *Concetto e limiti dell' influenza del cristianesimo nel diritto romano*, Mélanges P. F. GIRARD, Paris, 1912, I p. 67 et ss. à qui nous nous contentons de renvoyer. — En ce qui concerne le texte de POMPONIUS (suspecté auparavant par DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Quintum Mucium*, Palerme, 1899, p. 89), nous avouons ne voir aucune raison de douter de sa pureté. Les indices de tribonianisme cités

de vue, beaucoup plus large, de l'*injuria*, et il s'élève au-dessus du cas très particulier qu'avait examiné Q. Mucius, à savoir, celui de la jument trouvée paissant sur le fonds d'autrui. Il prend en considération le cas général où une personne surprend sur son fonds le *pecus* d'autrui. Comment convient-il de règler la conduite qu'elle doit tenir à son égard? Jusqu'où reste-t-elle dans les limites du droit? Quand peut-on la considérer comme dépassant ces limites? Telle est la question que le jurisconsulte se pose et qu'il résoud à l'aide de la formule suivante : on doit traiter le troupeau appartenant à autrui de la même manière que s'il s'agissait de son propre troupeau à soi (1). Et la raison qu'il donne pour justifier le traitement qu'il préconise est celle-ci : dans le cas où l'on a éprouvé de ce chef un dommage, n'a-t-on pas des actions particulières, *proprias actiones*, à exercer?

Quelles sont ces actions particulières que Pomponius se contente d'évoquer, sans les nommer? Il s'agit de toutes les actions qui peuvent être intentées à l'occasion d'un dommage quelconque (et non pas seulement, croyons-nous, en vertu

---

par Riccobono : *quamvis..... deprehendit, in agro, proprias actiones, quasi, ut suum recipiat,* ne nous paraissent nullement convaincants. Quant au fond, la solution de Pomponius n'est nullement en contradiction avec les idées de son époque. C'est à notre avis forcer le sens du texte que de vouloir, comme Riccobono, y voir une application de la règle morale chrétienne : *quod tibi non vis alteri non feceris.* Pomponius se place sur le terrain strictement juridique de l'*injuria*, et déclare que l'on n'agit pas conformément au droit, *non jure*, quand on se rend justice à soi-même, alors que l'on peut intenter une action pour obtenir la réparation du préjudice causé.

(1) Pomponius en tire cette conséquence pratique, qu'on n'a pas le droit d'enfermer le troupeau d'autrui, *non iure includit.* Il est intéressant de rapprocher cette affirmation de certaines dispositions des lois barbares qui nous mettent en présence d'un état inférieur de civilisation, et suivant lesquelles, si le lésé n'est pas autorisé, en principe, à tuer les animaux, il a le droit de s'en saisir et de les tenir enfermés, *in clausuram, in parcum minare, includere* (Lex Salica, 9, 2, 5; Lex Rib., 82; Lex Burg., 23, 1; Lex Visig., VIII, 3, 13; Ed. de Roth., 343, 346). Cons. sur cette espèce de saisie privée : Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1892, p. 532 et ss. Voir aussi Münter, *Das Weiderecht*, Hanovre, 1810, p. 245 et ss.

d'un dommage résultant du *pastus* (1)) que des animaux peuvent commettre, alors qu'ils se trouvent sur le fonds d'autrui. Parmi ces actions figure au premier rang notre *actio de pastu* à laquelle il convient d'ajouter l'*actio de pauperie*, comme ce serait le cas, par exemple, si, sans provocation de la part de l'homme, l'animal avait blessé un autre animal appartenant au propriétaire du fonds (2), l'action de la loi Aquilia dans le cas où l'acte dommageable de l'animal a été provoqué par l'agissement d'un homme (3).

4. Ulpien, 18 *ad Edictum*, *D.*, 50, 16, *De verborum significatione*, 31. Pal. 611.

« Pratum » est, in quo ad fructum percipiendum falce duntaxat opus est : ex eo dictum, quod paratum sit ad fructum capiendum.

Lenel a été le premier à attirer l'attention sur ce fragment extrait du livre 18 du commentaire d'Ulpien sur l'Edit. Dans ce livre Ulpien traitait successivement les matières suivantes : *de modo agri, si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, ad legem Aquiliam, in factum adversus nautas caupones stabularios.* La définition du mot *pratum* (pré), que renferme le frag. 31 *de V.S.* lui paraissant étrangère à l'une des matières précitées, il a été amené à se demander si ce mot ne se rapportait pas à une autre matière de l'Edit dont Ulpien avait eu à s'occuper dans son livre 18 et qui, pour cette raison, devait présenter de l'affinité avec quelqu'une des matières qui y étaient certainement traitées. Cela le conduisit à penser que cette matière devait être celle du *pastus pecoris*, et, dans son *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, il l'intercala entre le titre *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur* (§ 75) et le titre *Ad legem Aquiliam* (§ 77), sous le titre *De pastu pecoris* (§ 76).

---

(1) Argt de la généralité des termes employés par Pomponius : *quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit ; si quid ex ea re damnum cepit.*

(2) Hypothèse prévue par Q. Mucius Scaevola, cité par Ulpien, au *D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1, 11.

(3) Voir *suprà*, p. 10, n. 2.

La définition qu'ULPIEN nous donne du *pratum* (un bien dans lequel on n'a besoin que de la faux pour récolter le fruit) s'appuie sur une étymologie du mot *pratum* (ainsi appelé parce qu'il est préparé, *paratum*, à la récolte du fruit) que l'on retrouve chez les agronomes et grammairiens latins antérieurs à ULPIEN (1).

b) Code.

5. Const. des empereurs Dioclétien et Maximien (294 ap. J. C.), C., 3, 35, *De lege Aquilia*, 6.

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Plinio. De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis

(1) En remontant depuis ULPIEN nous la rencontrons d'abord en même temps chez PLINE l'Ancien (*H. N.*, XVIII, 5, 29 : *Et prata antiqui parata dixere*) et chez COLUMELLE (*De re rustica*, II, 16, 2 : *Nomen quoque indiderunt ab eo, quod protinus esset paratum, nec magnum laborem desideraret*, passage dont s'est inspiré au VI^e^ siècle ISIDORE DE SEVILLE dans ses *Etymologiarum sive originum libri XX* (Ed. LINDSAY, Oxford, 1911), XV, 13, 17 : *Pratum est cuius feni copia armenta tuentur, cui veteres Romani nomen indiderunt ab eo quod protinus sit paratum, nec magnum laborem culturae desideret*), écrivains contemporains, qui comme on l'a démontré, ont puisé leurs sources communes dans l'œuvre de l'encyclopédiste Cornelius CELSUS, dont la partie de l'Encyclopédie consacrée à l'économie rurale est antérieure à l'an 38 ap. J. C. PLINE l'Ancien en particulier cite Cornelius CELSUS dans l'index des sources (*Elenchus auctorum*) qui précède le livre 18 de son *Histoire Naturelle*. Sur tous ces points consulter : R. REITZENSTEIN, *De scriptorum rei rusticae qui intercedunt inter Catonem et Columellam libris deperditis*, Diss. Berlin, 1884, p. 35 et ss. ; *Wochenschrift für klass. Philol.*, 1888, p. 591 et ss. ; H. STADLER, *Die Quellen des Plinius im 19. Buch der Nat. hist.*, Diss. Munich, 1891, p. 6 ; MÜNZER, *Beiträge zur Quellenkritik der Naturgeschichte des Plinius*, Berlin, 1897, p. 65 ; E. WEISS, *De Columella et Varrone rerum rusticarum scriptoribus*, Diss. Breslau, 1911, p. 2 et ss., p. 26 et ss. (pour ce qui est de l'étymologie du mot *pratum*). A ajouter SCHANZ, *Geschichte der römischen Litteratur*[3], I, 1, p. 246, p. 253 ; II, 2, p. 428. — Nous trouvons ensuite l'étymologie rapportée par VARRON à la fois dans son *De lingua latina*, V, 40 : *Prata dicta ab eo, quod sine opere parata*, et dans ses *Rerum rusticarum libri*, dans la bouche de l'écrivain agronome SCROFA (SCHANZ, *op. cit.*, I. 2, p. 503), I, 7, 10 : *... quod alii dant primatum bonis pratis, ut ego* (scil. SCROFA), *a quo antiqui prata parata appellarunt*. Il est vraisemblable que c'est dans l'œuvre de VARRON que Cornelius CELSUS a puisé les renseignements sur l'étymologie de *pratum*. En ce sens E. WEISS, *op. cit.*, p. 27.

Aquiliae agere minime prohiberis. *PP. XV k. Nov. CC. conss.*

Il s'agit ici d'un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien de l'an 294 ap. J. C. qui autorise *(minime prohiberis)* une pratique qui, jusque là, devait rencontrer un obstacle dans la législation et la jurisprudence, à savoir la possibilité d'intenter une action *utile* de la loi Aquilia *(ex sententia legis Aquiliae)* contre une personne qui a fait paître *per injuriam*, c'est à dire contrairement au droit, son troupeau sur le fond d'autrui.

B. Sources ne provenant pas des compilations de Justinien.

6. Paul, *Sent.* 1, 15, 1.

Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat : quod etiam lege Pesolania (1) de can. cavetur.

D'après l'opinion couramment admise (2), les *Sentences* constituent un ouvrage original du jurisconsulte Paul (3), qui nous est parvenu par des voies différentes : un extrait contenu dans la *lex romana Visigothorum*, et que l'on considère comme l'œuvre des commissaires d'Alaric (4), certains fragments

(1) *Solonia*, c'est-à-dire de Solon, suivant la conjecture de Cujas, *in Sent. Paul.* lib. 1, tit. 23 (= 15), § 1 (Ed. Paris, Fabrot, 1658, t. I, col. 373).

(2) P. Krueger, *Quellen*[1], 1888, p. 212 ; *Quellen*[2], 1912, p. 237 ; Seckel et Kuebler, *Iurisp. anteiust.*, II, 1, Leipzig, 1911, *nov. ed. praemonitum* ; Girard, *Textes de droit romain*[5], Paris, 1923, pp. 377 et ss.

(3) Cela a été contesté récemment par Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Heft 3, 1913, p. 6 ; Heft 4, 1920, p. 336 et ss., et par Schulz, *Z. S. St.*, 38, 1917, p. 117, qui, tous les deux, pensent que les Sentences seraient, non pas un ouvrage original de Paul, mais un florilège tiré des œuvres de Paul à l'époque postclassique. Mais en faveur de cette thèse aucun argument probant n'est invoqué.

(4) Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916, p. 86, a émis l'opinion, sans aucun argument décisif à l'appui (Voyez G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Thèse Toulouse, 1924, p. 63 et ss.), que l'extrait des *Sentences*, renfermé dans le Bréviaire d'Alaric, serait sensiblement antérieur à la compilation visigothique.

insérés dans le *Digeste* et dans la *Collatio*, d'autres moins nombreux rapportés dans la *Consultatio* et dans les *Fragments* du Vatican, auxquels il faut joindre certaines citations de la *lex romana Burgundionum* et certains fragments intercalés dans le corps du texte des Visigoths, pour le compléter, par certains manuscrits dont le plus important était un manuscrit de Besançon, le *Vesontinus*, utilisé par Cujas, et aujourd'hui perdu.

Pour ce qui est des fragments des *Sentences* qui nous sont connus par l'extrait que renferme la loi romaine des Visigoths, on admet unanimement aujourd'hui que le texte porte certaines traces d'interpolation, ces interpolations pouvant, ou bien être l'œuvre même des Visigoths (1), ou bien avoir été introduites dans le texte pur de Paul postérieurement à l'époque classique et antérieurement à la confection du *Bréviaire*, c'est à dire dans le cours des IV^e^ et V^e^ siècles (2).

---

(1) Bien que les commissaires d'Alaric n'eussent pas reçu le pouvoir de les interpoler : *Lex rom. Visig.*, commonitorium : *haec quae excerpta sunt...* (Ed. Haenel, p. 2). Mais les auteurs qui — comme Max Conrat (Cohn), *Der westgothische Paulus*, Verhand. der Koninkl. Akad. van Wetenschappen te Amsterdam, Afdeeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, VIII, 4, Amsterdam, 1907, p. 6 ; notice posthume *Ueber die Consultatio*, publiée par Kantorowicz, *Z. S. St.*, 44, 1913, p. 53, — enseignent que partout les commissaires visigoths ont reproduit le texte pur de Paul, sont néammoins obligés de reconnaître l'existence d'interpolations en nombre très limité qui doivent leur être imputées (Ex.: interpolation de *Sent.* 1, 1, 2 prouvée par le rapprochement de *Consultatio* 4, 4 : Conrat, *Der Westg. Paulus*, p. 6, n. 13). Le nombre de ces interpolations apparaitrait considérable à celui qui parcourrait la nouvelle édition des *Sentences* donnée par Seckel et Kuebler où la mention « Visigothi » est fréquente au bas des pages. Mais comme nous l'apprend Kantorowicz, *Z. S. St.*, 43, 1912, p. 460, qui le tient d'une communication à lui faite par un des éditeurs lui-même, le terme « Visigothi » peut dans beaucoup de cas viser l'« interpolator antevisigothicus ». — Comme exemple incontestable d'interpolation visigothique nous pouvons citer celle du passage : *item de modo agri, quum a venditore emtor deceptus est* de *Sent.*, 1, 19, 1. Cf. Girard, *Textes*[5], p. 390, n. 1, et Seckel et Kuebler, *Iurisp. anteiust.*, II, 1, p. 33, qui renvoient à Rudorff, *Zeits. für geschichtl. Rechtswiss.*, 14, p. 417 et ss.

(2) Sur les « interpolations préjustiniennes » en général cons. en dernier lieu Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916,

Le fragment des *Sentences*, dont nous avons à nous occuper ici, fait partie de l'extrait provenant de la *lex romana Visigothorum*, et le texte ne nous en a pas été rapporté concurremment par une autre voie. Il dit expressément que, si un quadrupède a commis une *pauperies* ou a causé un dommage ou a pâturé quelque chose *(quidve depasta sit)*, une action noxale sera donnée contre le maître.

Il rapproche donc le *pastus* de la *pauperies*, en ce sens qu'il y voit comme dans celle-ci un délit commis par l'animal, avec, par voie de conséquence, l'exercice dans le cas de *pastus* d'une action noxale, et l'on voit immédiatement les conclusions que l'on en peut tirer en ce qui concerne le caractère juridique de l'*actio de pastu* qui serait implicitement visée par les mots *quidve depasta sit*.

Mais le *quidve depasta sit* figurait-il réellement dans le texte pur des *Sentences* de PAUL? ce qui revient, conformément aux observations présentées ci-dessus, à rechercher si ces mots n'auraient pas été intercalés dans le fragment original de PAUL, soit par les commissaires d'Alaric, soit à l'époque postclassique et antérieurement à la confection du *Bréviaire* (1).

La réponse à la question posée nous semble pouvoir être fournie par la confrontation du texte des *Sentences*, avec celui de l'*interpretatio*, paraphrase qui, dans le *Bréviaire*, accom-

---

p. 38 ; COLLINET, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit*, 1922, p. 1 et ss. ; ROTONDI, *Scritti iuridici*, I, Milan, 1922, p. 482 et ss. (passage inédit). — En ce qui concerne particulièrement les interpolations prévisigothiques des fragments des *Sentences* qui nous sont parvenus par le canal du *Bréviaire* d'Alaric, ont vu récemment une interpolation de cette nature : PRINGSHEIM, *op. cit.* p. 86, dans *Sent.* 2, 17, 7 ; SOLAZZI, *Archivio giuridico*, 89, 1923, p. 80 et ss., dans *Sent.*, 3, 4*a*, 5.

(1) Il est impossible de songer à une addition postérieure aux Visigoths, car tous les manuscrits qui nous sont parvenus de la *Lex romana Visigothorum*, tant ceux déjà examinés pour son édition de cette loi par HAENEL, que dans ceux étudiés pour la première fois, pour leur édition des *Sentences* de PAUL, par KRUEGER et par SECKEL et KUEBLER, contiennent les mots *quidve depasta sit*. On ne saurait tirer argument de la non mention du *pastus* dans le texte de l'*Epitome Aegidii*. Cf. GIRARD, *Textes*[5] p. 379.

pagne ordinairement le texte de chaque fragment des *Sentences* (1) et le texte de la *lex romana Burgundionum* relatif à la même matière :

Sentences I, 15, 1 XV. Si quadrupes damnum intulerit.	*Interpretatio* (Sent. I, 15,1) Haenel, p. 350	*Lex rom. Burg.* XIII, 1 XIII. De damnis animalium....
1. Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat : quod etiam lege Pesolania de cane cavetur.	Si alienum animal cuicumque damnum intulerit aut alicujus fructus laeserit, dominus ejus aut aestimationem damni reddat, aut ipsum animal tradat. Quod etiam de cane similiter est statutum.	1. Si animal cuiuscumque damnum intulerit, aut aestimationem damni dominus solvat aut animal cedat; quod etiam de cane et bipede placuit observari, secundum speciem Pauli Sententiarum libro primo sub titulo. « Si quadrupes pauperiem fecerit ».

(1) En dépit de quelques résistances (Mommsen, *Cod. Theod.* p. XXXV p. LXXXVI; Max Conrat (Cohn), *Die Entstehung des Westgothischen Gaius*, Verhandl. der Akad. van Wetensch. te Amsterdam, Afd. Letterkunde, N. R., VI, 4, Amsterdam, 1905, p. 48, p. 100, après avoir soutenu l'opinion contraire dans sa *Geschichte der Quellen und Litteratur des früheren Mittelalters*, I, Leipzig, 1889, p. 89, n. 1) tend à l'emporter l'opinion, suivant laquelle l'*interpretatio* ne serait pas l'œuvre des commissaires d'Alaric, mais aurait été composée pour les besoins de l'enseignement au cours du V^e^ siècle. En ce sens : Fitting, *Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit*, Zeits. für Rechtsgesch., XI, 1873, p. 230 et ss. ; Lécrivain, *Remarques sur l'interpretatio de la lex romana Visigothorum*, Annales du Midi, 1889, p. 145 et ss. ; Krueger, *Quellen*[1], 1888, p. 311 et ss. ; Tardif, *Histoire des sources du droit français. Origines romaines*, Paris, 1890, p. 85 ; Hitzig, *Beiträge zur Kenntnis und Würdigung des sogen. westgothischen Gaius.*, *Z. S. St.* 14, 1893, p. 220 ; Brissaud, *Manuel d'hist. du droit français*, I, 1898, p. 69 ; Kipp, *Geschichte der Quellen*[5], 1903, p. 135 ; Girard, *Manuel*[7], p. 80. Mais, que l'on admette l'une ou l'autre opinion, on est obligé de reconnaître que les commissaires d'Alaric veillaient à ce qu'il y ait concordance entre le texte des *Sentences* et celui de l'*interpretatio*, toutes les fois qu'ils procédaient à des interpolations du texte des *Sentences*. Nous donnerons comme exemple celui des *Sent.*, 1, 19, 1. Cf. *suprà*, p. 21, n. 1. Au texte, interpolé par les commissaires, des *Sentences* : *item de modo agri, quum a venditore emtor deceptus est*, correspond le texte suivant de l'*interpretatio* : *vel de modo agri, quum a venditore emtor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptum.*

La *lex romana Burgundionum*, dont la confection est antérieure à celle des Visigoths (1), a utilisé les *Sentences* de PAUL dont elle contient, nous l'avons déjà dit, quelques citations. Les rédacteurs devaient avoir sous les yeux, lorsqu'ils composèrent le chapitre XIII relatif aux dommages causés par les animaux, le texte des *Sentences* auquel ils se réfèrent au § 1 *in fine* : *secundum speciem Pauli Sententiarum libro primo sub titulo « Si quadrupes pauperiem fecerit »* (2), en même temps que le texte de l'*interpretatio*, attendu que le texte par eux adopté présente avec celui-ci des ressemblances indéniables (3). Or, ce qui frappe immédiatement l'esprit, c'est que la disposition de la loi des Burgondes ne contient aucune mention du dommage pouvant être causé par le *pastus*. Si elle n'en parle pas, c'est parce que ni les *Sentences* de PAUL ni l'*interpretatio* n'en parlaient elles-mêmes. Car on ne comprendrait pas sans cela le silence voulu des rédacteurs de la loi sur une matière qui, nous le savons par ailleurs (4), ne pouvait les laisser indifférents.

D'autre part, l'examen de la loi des Burgondes nous apporte la preuve matérielle que le texte des *Sentences*, au moins sur un point particulier, a été remanié par les commissaires d'Alaric. La rubrique qu'ils donnent au titre 15 du livre premier des Sentences : *Si quadrupes damnum intulerit* est certainement fausse. Elle devait être, ainsi que l'indique expres-

(1) BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*[2], I, p. 508.

(2) La *lex rom. Burgundionum*, au même titre XIII, contient, §§ 2 et 3, deux fragments des *Sentences* de PAUL que n'a pas reproduits l'extrait de la loi romaine des Visigoths, et que les éditeurs des *Sentences* n'ont pas hésité à insérer dans le corps des *Sentences* (*Textes*[5] de GIRARD, *Sent.*, 15, 1, 1*a* et 1*b*).

(3) C'est là un des arguments invoqués par ceux qui soutiennent que l'*interpretatio* n'est pas l'œuvre des commissaires d'Alaric. Voir BRISSAUD, *l. c.* — En particulier, la concordance de la *lex rom. Burg.*, XIII, 1, avec l'*interpretatio* des *Sent.*, I, 15, 1, est signalée par DE SALIS, Ed. de la *lex rom. Burg.*, p. 137 en note.

(4) Voir les citations de la loi barbare des Burgondes, rapportées *suprà*, p. 3, n. 4 et p. 17, n. 1.

sément la loi des Burgondes : *Si quadrupes pauperiem fecerit*, ce qui est confirmé par les rubriques correspondantes que nous ont transmises la *Collatio* (1), le *Digeste* (2) et les *Institutes* de Justinien (3).

Les commissaires d'Alaric, ayant commencé à changer le texte des *Sentences*, il n'y a, croyons-nous, aucun obstacle de principe qui s'oppose à la reconnaissance d'autres remaniements, lorsqu'une critique rigoureuse du texte les rend vraisemblables. Il en est ainsi d'abord des mots *damnumve dederit* qui apparaissent comme un glossème destiné à rendre intelligible la vieille expression *pauperiem fecerit*. C'est pour cette raison que les commissaires avaient déjà modifié la rubrique : *Si quadrupes pauperiem fecerit*. Ceci admis, pourquoi ne pas reconnaître le même caractère de glossème aux mots *quidve depasta sit* dont l'insertion parut aux commissaires d'autant plus nécessaire que les autres lois romaines qu'ils utilisaient (Code Théodosien, *Institutes* de GAIUS) ne contenaient rien concernant les dégâts commis par les animaux aux fruits de la terre ? Le sens des mots *depasta sit* dont ils se servirent dans les Sentences doit même être éclairé par l'*interpretatio* qui se sert du terme *laeserit*, expression qui, comme on l'a fait remarquer (4), embrasse tous les dommages causés aux fruits de la terre, même ceux ne résultant pas d'un *pastus*, comme par exemple les dégâts causés aux récoltes par le piétinement d'animaux dans un champ (5). C'est parce que les commissaires

---

(1) Coll. VII, 3, 1. *Ulpianus libro* VIII (= XVIII) *ad edictum sub titulo si quadrupes pauperiem dederit.*

(2) *D.*, 9, 1, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

(3) *Inst.*, 4, 9, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur.*

(4) PERNICE, *Sachbeschädigungen*, p. 223 ; GIRARD, *N. R. H.*, 11, 1887, p. 412, n. 3 = *Mélanges*, II, p. 313, n. 2 ; CONRAT (Cohn), *Breviarum Alaricianum. Römisches Recht im fränkischen Reich in systematischer Darstellung*, Leipzig, 1903, p. 307.

(5) C'est aussi avec ce sens large que le législateur visigoth, dans la Loi Barbare (Voir *suprà*, p. 3, n. 5), parle des dégâts commis par les animaux sur le fonds d'autrui.

employaient l'expression *depasta sit* dans le sens large de *laeserit*, qu'ils ne furent pas choqués par le maintien par eux de l'extension signalée par PAUL au chien (qui ne se nourrit pas en pâturant, qui *non pascitur*), de la disposition générale relative à la *pauperies*.

Nous n'hésitons donc pas à conclure à l'interpolation par les commissaires d'Alaric des mots *damnumve dederit quidve depasta sit* dans le corps du texte des *Sentences* I, 15, 1 (1), ce qui entraîne nécessairement cette conséquence, que ce fragment des *Sentences* ne dépasse pas le domaine de l'*actio de pauperie*, et n'a absolument rien à faire avec l'*actio de pastu*.

§ 2. *Sources littéraires.*

7. PLINE, *Hist. nat.* XVIII, 3, 12 (Ed. Ianus, Leipzig, 1878, III, p. 95).

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu *pavisse* ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari jubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni (2).

PLINE, au début du livre XVIII de son *Histoire naturelle*, se propose de parler des campagnes et des travaux rustiques *quibus*, nous dit-il, *vita honosque apud priscos maximus fuerit*. Et parmi les faits invoqués par lui à l'appui de cette assertion se trouve la disposition, rapportée ci-dessus, relative à la façon sévère dont se trouvait réprimé par les XII Tables (3) l'acte de celui qui, la nuit, faisait paître par son troupeau ou coupait

(1) *Sic* : SECKEL et KUEBLER, éd. des *Sentences* de PAUL dans *Iurisp. anteiust.*, II, 1, 1911, p. 30. Déjà ZIMMERN, *Noxalklagen*, p. 117, n'était pas éloigné de voir dans le *damnumve dederit quidve depasta sit* un anianisme, comme on appelait à son époque les interpolations provenant de la main des commissaires d'Alaric.

(2) PAUL HUVELIN, *Le furtum*, p. 64 et ss., donne de bonnes raisons en faveur de l'attribution à Masurius SABINUS de l'information reproduite par PLINE.

(3) XII Tables, 8, 9 (GIRARD, *Textes*[2], p. 18).

les récoltes (1) appartenant à autrui. La sanction du délit variait selon que le coupable était pubère ou non. Le coupable pubère encourait la peine capitale : on le crucifiait à un arbre consacré à Cérès (2), peine religieuse ayant un caractère public (3). Le coupable impubère était battu de verges selon l'*arbitratus* du préteur, et devait en outre payer une composition dont le montant était le double du dommage causé (4), cette double peine, frappant l'impubère, ayant un caractère privé (5).

Pour ce qui est de la nature juridique du délit, VOIGT (6) a soutenu qu'elle était double, et que la qualification variait suivant que le délit avait pour objet un *pascere* ou un *secare*. Dans le premier cas, il constituerait un délit de *pastus* (celui-là même sanctionné ordinairement par notre *actio de pastu*), accompagné de circonstances aggravantes ; dans le second,

---

(1) Par *frugem*, il faut entendre, croyons nous les fruits de la terre arrivés à maturité, qui ont nécessité le travail des laboureurs (*aratro quaesitam*). Cette définition de *frux* serait conforme à celle donnée par les jurisconsultes romains : PAUL, *Sent.*, 3, 6, 78 : *Frugibus legatis tam legumina quam hordeum et triticum continentur* ; JULIEN, cité par PAUL, *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 77, qui exclut les fruits des arbres (*poma*).

(2) VOIGT, *XII Tafeln*, I, p. 487 ; MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 918, n. 6 (trad. DUQUESNE, III, p. 255, n. 1). — Si, comme on l'admet aujourd'hui, le culte de Cérès, malgré son nom latin, est un culte d'origine hellénique, importé à Rome après la chute de la royauté (Voir les références données par GIRARD, *Hist. de l'organis. jud. des Romains*, I, Paris, 1901, p. 35, n. 1), le délit qui nous est connu par PLINE, *H. N.*, XVIII, 3, 12, n'appartient pas au droit de l'époque royale et n'aurait fait son apparition qu'après l'établissement de la République (En ce sens GIRARD, *op. cit.*, p. 35).

(3) En ce sens MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 773, n. 1 (trad. DUQUESNE, III, p. 81, n. 3). Cf. VOIGT, *op. cit.*, II, p. 805.

(4) Nous n'admettons pas l'opinion soutenue par P. HUVELIN, *Le furtum*, p. 63, n. 3, suivant laquelle les mots *noxiamve duplionemve decerni* se rattacheraient à la répression contre le pubère aussi bien qu'à la répression contre l'impubère et, d'autre part, nous pensons, contrairement au même auteur, *op. cit.*, p. 63, n. 4, que les mêmes mots doivent être corrigés en *noxiamque duplione decerni* (correction admise en dernier lieu par KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 797). — S'il s'agissait d'un impubère *alieni juris*, l'action était donnée *noxaliter*.

(5) En ce sens, HUVELIN, *op. cit.*, p. 63, n. 1.

(6) *XII Tafeln*, II, p. 538 ; p. 805.

un *furtum*, accompagné des mêmes circonstances aggravantes.

Nous croyons plutôt avec MOMMSEN (1) et P. HUVELIN (2) qu'il s'agissait d'une qualification unique et que l'acte de *pascere* aussi bien que celui de *secare* impliquait un *furtum* (3) qui, à l'époque des XII Tables (4), donnait lieu à la répression énergique, que nous a rapportée PLINE, quand, même sans flagrance, il avait été commis nuitamment.

8. PAUL DIACRE, V° *Impescere* (Ed. Mueller, p. 108; éd. Thewrewk de Ponor, p. 77).

Impescere in laetam segetem pascendi gratia immittere.

L'abrégé fait à la fin du VIII^e^ siècle par Paul DIACRE (Paulus Diaconus) de l'extrait en vingt livres, par le grammairien FESTUS (2^e^ siècle ap. J. C.), du *De verborum significatu* de VERRIUS FLACCUS, philologue célèbre de l'époque d'Auguste, contient la signification du mot *impescere* que le manuscrit Farnèse, le seul qui nous ait transmis l'œuvre de FESTUS, et malheureusement incomplet, ne renferme pas. Les deux ouvrages de FESTUS et de Paul DIACRE nous ont ainsi conservé

---

(1) *Strafrecht*, p. 772 (trad. DUQUESNE, III, p. 80).

(2) *Le furtum*, p. 61 et ss.

(3) Nous renvoyons à la démonstration fournie par P. HUVELIN, p. 62. — Du même coup se trouve écartée l'opinion de KARLOWA, *op. cit.*, II, p. 797, qui voit dans le délit, sous ses deux manifestations, un *damnum* présentant les mêmes caractères que le *damnum legis Aquiliae*.

(4) MOMMSEN, *Strafrecht*, p. 773 (trad. DUQUESNE, III, p. 81) est d'avis que la répression organisée par les XII Tables a dû tomber rapidement en désuétude, les sources juridiques, dans leurs mentions fréquentes d'atteintes portées aux moissons, ne faisant jamais allusion à la vieille prescription pénale. Cependant un texte du *Digeste*, UPIEN, 40 *ad Sabinum*, *D.*, 47, 3, *De furtis*, 21, *pr.*, Pal. 2858, nous paraît encore distinguer avec soin le fait de couper une récolte *luce*, c'est-à-dire de jour, pour appliquer à ce délit commis dans de telles circonstances les peines du *furtum* ordinaire (*manifestum* ou *nec manifestum*). La modification, proposée par MOMMSEN, dans son édition du *Digeste*, des mots *eius quod secat*, nous semble tout à fait arbitraire. — Si la partie du texte concernant le vol de moissons est une reproduction de l'opinion de SABINUS (en ce sens : FERRINI, *Rendiconti del R. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. XX. *Contrà* : LENEL, *Paling.*, I, col. 1161, n. 3), il faudrait y voir la preuve que la disposition des Douze Tables était encore en vigueur tout au moins à l'époque de SABINUS.

un certain nombre de termes et d'expressions se référant aux XII Tables, et dont, depuis le XVI^e^ siècle, se sont servis tous ceux qui ont tenté de reconstituer le Code décemviral. Leur attention s'est trouvée attirée sur le mot *impescere* dans lequel, bien que Paul Diacre soit muet sur sa provenance, un certain nombre d'éditeurs de la loi des XII Tables — parmi lesquels se place déjà J. Godefroy —, n'ont pas hésité à voir un terme provenant de cette loi.

Mais, à supposer qu'il reproduise un terme d'une disposition des Douze Tables, ce qui peut paraître douteux (1), les auteurs et éditeurs ne s'entendent pas sur la question de savoir à quelle disposition de la loi il convient de le rapporter. J. Godefroy(2), suivi par Voigt (3) de qui l'opinion paraît encore être admise aujourd'hui par M. Cuq (4), le rapporte à la disposition relative à l'*actio de pastu* ; d'autres, comme P. Huvelin (5), à la disposition dont parle Pline, XVIII, 3, 12, à propos du vol nocturne des récoltes. Mieux vaut, croyons-nous, renoncer à faire état d'un texte aussi peu sûr.

§ 3. *Sources épigraphiques.*

9. Inscription d'Henchir-Snobbeur (Tunisie).

Cette inscription découverte en 1893 en Tunisie à Henchir-

---

(1) Dirksen, *XII Tafeln*, p. 534. La principale raison de douter, c'est que l'abrégé de Paul Diacre renferme en plus de celle du mot *impescere*, la définition de deux autres verbes dérivés de *pascere* : *compescere* (Ed. Mueller, p. 40) ; *dispescere* (*Ibid.*, p. 72). Ne s'agirait-il pas de trois termes techniques se rapportant à une seule et même institution, par ex. celle du *pastus* dans les pâturages publics?

(2) XII Tabulae. Probationes. (*Thesaurus juris romani* d'Otto, tome III, 1727, col. 116).

(3) *XII Tafeln*, II, p. 537.

(4) *Manuel*, p. 568, n. 4.

(5) *Le furtum*, p. 66. — On pourrait tirer argument de l'expression *laetam segetem*, riche moisson, (cf. Ciceron, *Orator*, XXIV, 81 : « *laetas esse segetes* » ; *De oratore*, III, 38, 155 : « *laetas esse segetes* » ; Virgile, *Georg.*, I, 1 : *Quid faciat laetas segetes...* ; Colomelle, *De re rust.*, II, 17 : *quia talis ager post longam desidiam laetas segetes affert*) qui éveille une idée correspondant à celle de *frugem aratro quaesitam*.

Snobbeur, localité située sur le bord septentrional de la vallée supérieure de l'oued Miliané, est gravée sur une pierre dont il n'a été retrouvé que le coin supérieur de droite, ce qui posa le problème difficile de la reconstitution de la partie de gauche correspondante (1). Elle renferme un décret rendu sous le second (2) consulat de M. Aeilius Glabrio (186 ap. J. C.) (3) par le conseil municipal d'une cité de la province d'Afrique, à la suite de la plainte formulée par certains habitants *quod agri suorum pecoribus ovium devas*[*tarentur*], et après avoir entendu les observations présentées oralement par deux fonctionnaires ayant eu à s'occuper déjà de l'affaire. Ces deux fonctionnaires, au cours de leurs observations, citèrent un rescrit impérial rendu précédemment (4), et dont le texte se

(1) Cette inscription a été publiée pour la première fois dans le *Bulletin achéol. du Comité des travaux histor.*, 1893, p. 231, n° 84, d'après une copie du capitaine Toussaint. Un fac-simile, d'après un estampage et une photographie de M. Hannezo, en a été ensuite donné par M. Cagnat, en même temps qu'une nouvelle lecture, dans la *Revue archéologique*, 3e série, XXIV, 1894, p. 413, n° 61. M. Gauckler a fait connaître dans le *Bull. archéol. du Comité des travaux hist.*, 1901, p. 416 et ss., les résultats d'un nouvel examen, entrepris par lui, de la pierre qui fut par ses soins transportée au musée du Bardo, à Tunis, où elle se trouve actuellement. Enfin Schulten, *Festchrift zu Otto Hirschfelds sechzigstem Geburtstage*, Berlin, 1903, p. 171 et ss., en a donné en même temps qu'un nouveau déchiffrement, un commentaire détaillé. La nouvelle lecture proposée par Schulten a été reproduite dans la *Revue archéologique*, 4e série, II, 1903, p. 172, n° 202.

(2) Nous ne comprenons pas les hésitations de M. Cuq, *Manuel*, p. 568, n. 4, devant le facsimile de l'inscription donné dans la *Revue archéologique*, de 1894, sur lequel, entre les mots *Glabrione* et *cos.*, apparaissent très visiblement deux traits verticaux. C'est là, comme on le sait, le signe habituel qui, dans les inscriptions, sert à indiquer qu'il s'agit d'un consulat exercé pour la seconde fois. Or un seul M. Acilius Glabrio a été pour la seconde fois consul. C'est le fils de M. Acilius Glabrio (consul lui-même en 152 ap. J. C.) qui, consul suffect à une date incertaine, exerça pour la seconde fois le consulat en 186 ap. J. C. en compagnie de l'empereur Commode (Klein, *Fasti consulares*, Lipsiæ, 1881, p. 84 ; Goyau, *Chronologie de l'empire romain*, Paris, 1891, p. 210 et p. 234 ; Klebs, *Prosopographia imperii romani saec. I, II, III*, Pars I, Berlin, 1897, p. 7, n° 56).

(3) Et non 188, comme l'écrit M. Cuq, *loc. cit.*

(4) Le rescrit n'est donc pas nécessairement daté, comme le pense M. Cuq, *loc. cit.*, du consulat de M. Acilius Glabrio. Cette date se rapporte en effet au décret rendu par le conseil municipal.

trouve rapporté dans l'inscription (lignes 10-16), à la fin de leur *relatio* :

l. 10 [*Exemplum epistulae datae ab imp..... ad.....*] cum mihi desiderium vestrum videtur et exemplo adiuva

l. 11 [*ri anteriorum rescriptorum.... et per se iustum esse. Itaque veto quemquam in agru*] m vestrum invitis vobis pecora pascendi gratia indu.

l. 12 [*cere.....*] ..re quod si ignorante domino serv(u)s induxe(ri)t pecora

l. 13 [..... *in ip*] sum serv(u)m proco(n)s(ul) severe constituet si iusso domini

l. 14 [..... *induxerit non solum servum ipsum sed e*] tiam praetium servi ex form(a) censoria denariorum D dominus

l. 15 [..... *praestare debebit. Servi si sciente quidem domino sed s*]ua sponte id admiserint a proco(n)s(ule) flectentur ita ut in

l. 16 [*posterum nemo audeat.*

Ce rescrit, qui commence vraisemblablement (1) avec les mots *mihi desiderium vestrum videtur*, réprime le fait de mener paître des *pecora* sur le fonds d'autrui, contre le gré du propriétaire ou possesseur. Il envisage trois hypothèses distinctes, pour chacune desquelles une sanction spéciale est prévue :

1re hypothèse : l'esclave a fait pénétrer le troupeau *ignorante domino*, c'est à dire à l'insu du maître de l'esclave. Une peine sévère doit être alors prescrite contre l'esclave par le proconsul (scil. d'Afrique). Il s'agit sans nul doute d'une peine criminelle administrée *extra ordinem* (2).

2me hypothèse : L'esclave a poussé le troupeau sur l'ordre de son maître, *iusso* (= iussu) *domini*. Dans ce cas le maître doit

(1) Schulten, *op. cit.*, p. 181.

(2) Cf. les expressions : *severe animadvertere* (*D.*, 47, 11, *De extr. crim.*, 5) ; *graviter animadvertere* (*D.*, *h. t.*, 1, 1) analogues au *severe constituere* de l'inscription.

en premier lieu livrer l'esclave (1), et en plus, il doit payer une amende égale à la valeur de l'esclave telle qu'elle a été évaluée par le cens, c'est à dire à 500 deniers (2).

3me hypothèse : L'esclave a introduit de sa propre initiative le troupeau, mais avec le consentement de son maître. La sanction est alors la suivante : *a proconsule flectentur* (= plectentur), c'est à dire qu'ils (les esclaves) soient châtiés par le proconsul. Et ici encore il ne peut être question que d'une peine criminelle (3).

Faut-il, comme le fait M. Cuq (4), identifier le fait délictueux, réprimé par ce rescrit, avec le délit sanctionné par l'*actio de pastu*? Ou, au contraire, ne convient-il pas, comme le pensent MM. Lenel (5) et Girard (6), de décider que ce rescrit n'a rien à voir avec la question de l'*actio de pastu*?

Faisons immédiatement remarquer que le régime de répression organisé par le rescrit est un système tout différent du système du délit privé, auquel appartient l'*actio de pastu*. La prescription suivant laquelle l'esclave sera puni corporellement par le gouverneur de la province appartient en effet, sans aucun doute possible, au système des délits publics, et nous met en présence de l'évolution qui, ayant son point de départ à la fin de la République dans la loi Cornelia *de injuriis*, se poursui-

---

(1) Vraisemblablement pour qu'il soit châtié : cf. *D.*, 47, 10, *De injuriis*, 17, 4 : *praestare servum verberandum*. Voir aussi, en droit comparé, la disposition de la *lex Visigothorum*, VIII, 3, 12 (éd. précitée de Zeumer, p. 326), prescrivant la sanction suivante dans le cas où un esclave a fait paître un troupeau dans le pré d'autrui sur l'ordre de son maître : *XL hictus accipiat* (scil. servus) *flagellorum, et fenum reddatur a domino eius, quantum fuerit estimatum*.

(2) Nous préférons cette interprétation de Schulten, *op. cit.*, p. 185, à celle donnée par M. Cuq, *Manuel*, p. 568, n. 4, et suivant laquelle le maître devra payer une amende égale à la valeur de l'esclave, augmentée de 500 deniers. Elle nous paraît en effet suivre plus fidèlement le texte de l'inscription : [e]tiam praetium ex form(a) censoria denariorum D dominus....

(3) Schulten, *op. cit.*, p. 187.

(4) *Inst. jurid.*, I, 2e éd., p. 90, n. 9 ; *Manuel*, p. 568, n. 4.

(5) *Edictum*^{2}, p. 193, n. 2.

(6) *Manuel*^{7}, p. 415, n. 1.

vit dans le droit impérial qui, dans des cas de plus en plus nombreux, permit au magistrat statuant *extra ordinem* d'infliger au coupable une punition physique. Et, de ce point de vue, le délit de *pastus*, réprimé par le rescrit, nous paraît procéder beaucoup plus de la notion d'*injuria* que de celle de *damnum* (1). Le fait de faire pénétrer un troupeau dans le fonds d'autrui ne pouvait-il pas être considéré comme une extension de la violation de domicile, déjà considérée par la loi Cornelia *de injuriis* comme un délit public?

Et que dire de l'autre disposition du rescrit, prescrivant que le maître doit livrer l'esclave et payer sa valeur évaluée à 500 deniers? C'est là une peine compliquée dont on ne trouve aucun exemple dans le droit classique. Le premier exemple s'en rencontre dans une constitution de Constantin de l'année 317, reproduite au Code de Justinien (2), qui punit celui qui reçoit un esclave fugitif dans sa demeure ou sur sa terre, en l'obligeant à le rendre et, en outre, à livrer un autre esclave ou une somme de vingt *solidi*. Il est surprenant de rencontrer une peine de ce genre déjà au second siècle de l'ère chrétienne. Cette singularité ne s'expliquerait-elle pas par cette idée que notre rescrit ne ferait que confirmer quelque constitution de droit pénal spéciale à l'Afrique? (3) Pour toutes ces raisons nous inclinons à penser que le rescrit que renferme l'inscription d'Henchir-Snobbeur est entièrement étranger à l'*actio de pastu* des Douze Tables.

Si maintenant nous embrassons dans leur ensemble les résultats auxquels nous a conduit l'examen critique des sources, nous voyons que parmi tous les textes qui ont été versés

---

(1) Cette idée a été très bien développée par SCHULTEN, *op. cit.*, p. 182 et ss.

(2) *C.*, 6, 1, *De fug. serv.*, 4, *pr.* : *Quicumque fugitivum servum in domum vel in agrum inscio domino eius susceperit, eum cum pari alio vel viginti solidis reddat.*

(3) Qu'il y ait eu un certain régionalisme en matière pénale, cela nous est affirmé par *D.*, 47, 11, *De extraord. crim.*, 9 : *sunt quaedam quae more provinciarum coercitionem solent admittere.*

dans le débat institué sur l'*actio de pastu*, un certain nombre doivent en être franchement écartés. Tels sont : le fragment des *Sentences* de PAUL (n° 6 de la série des textes examinés), où la mention du *pastus* doit être considérée comme une interpolation des législateurs Visigoths ; le rescrit impérial contenu dans l'inscription d'Henchir-Snobbeur (n° 9); la définition de *impescere* donnée par l'abrégé de Paul DIACRE (n° 8). Quant au texte de l'*Histoire naturelle* de PLINE (n° 7), qui nous rapporte une disposition des Douze Tables concernant le *pastus* des récoltes commis nuitamment, s'il faut y voir, comme nous le croyons, un cas particulier de *furtum*, il peut et doit être utilisé dans la recherche de la ligne de démarcation qui sépare les domaines respectifs des délits de *pastus* et de *furtum*. Les autres textes étudiés par nous (n^os^ **1**, **2**, **3**, **4**, **5**) se réfèrent sans contestation possible à l'*actio de pastu*.

II. — Essai d'une théorie de l'« actio de pastu »

§ 1. *L'« actio de pastu » à l'époque de la loi des XII Tables. Ses rapports avec la « pauperies » et le « furtum ».*

Est-il possible, à l'aide des renseignements, si fragmentaires qu'ils soient, que nous livrent les textes par nous retenus, de reconstituer la physionomie de l'*actio de pastu* à l'époque des XII Tables ? C'est ce que nous allons rechercher en nous plaçant tant au point de vue de ses conditions d'existence qu'au point de vue de ses effets, nous proposant d'examiner ensuite la question de la restitution de la disposition des XII Tables qui lui était consacrée.

a) Conditions d'existence de l'« actio de pastu ». — Ces conditions peuvent être, croyons-nous, déduites avec certitude du texte fondamental que, le fragment des *Sentences* de PAUL étant écarté du débat, constitue la loi 14, § 3 au *Digeste*, *De praescriptis verbis* (n° **1** de la série des textes) duquel il convient de rapprocher les fr. 9, § 1, *D.*, *Ad exhibendum* (n° **2**), et 39, *D.*

Ad legem Aquiliam (n° 3), ainsi que le passage de l'*Histoire naturelle* de PLINE (n° 7).

1° L'*actio de pastu* implique nécessairement un acte du maître de l'animal (1), qui consiste dans le fait de pousser son troupeau : *immittere pecus* (2). Elle diffère donc complètement, de par sa nature, de l'*actio de pauperie* qui, elle, suppose exclusivement un acte de l'animal. Dans le cas où l'animal, ayant par exemple échappé à la garde de son maître, a, de sa propre initiative, pénétré sur le fonds voisin, l'*actio de pastu*, en droit pur, n'est plus recevable, et alors, selon certains auteurs (3), il y aurait place pour l'exercice de l'*actio de pauperie* (4).

2° Il faut qu'il y ait eu *pastus*, c'est-à-dire que les dégâts commis par les animaux consistent dans le fait d'avoir pâturé (*pasci*) (5). D'où le nom d'*actio de pastu* donné à notre action(6).

3° Il en résulte logiquement que notre action s'applique à tous les animaux qui *pascuntur*, c'est-à-dire qui se nourrissent

---

(1) LENEL qui repousse cette opinion devant PAUL, *Sent.*, I, 15, 1, reconnaît cependant, *Edictum*[2], p. 193, n. 2, qu'elle n'est pas impossible en soi (Diese Meinung, an sich ja nicht unmöglich...).

(2) *Immisso pecore*, lisons-nous dans le frg. 14, § 3, *D.*, *De praes. verb.* et dans le frag. 9, § 1, *D.*,*Ad exhib.* Cf. *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 30, 3 : « *Integra* » *autem est* (scil. terra) *in quam nondum dominus pascendi gratia pecus immisit.*

(3) Entr'autres M. CUQ, *Manuel*, p. 568, n. 4.

(4) Tout au moins à l'époque des Douze Tables, et jusqu'au moment où s'établit la distinction des actes accomplis par l'animal *secundum naturam* et de ceux accomplis *contra naturam* (Voir *supra*, p. 10, n. 3). — M. CUQ, *loc. cit.*, se basant sur un texte de COLUMELLE, *De re rust.*, I, 3, 7, pense que l'*actio de pastu* pouvait être appliquée au maître coupable de négligence. Mais le bout de phrase qu'il cite dans *Inst.*, 1re éd., p. 359, n. 3 : *pecudes negligentius pascere*, replacé dans son contexte, ne peut avoir cette signification. Aussi bien ne pourrait-il s'agir que d'une règle appartenant au droit développé, la responsabilité pour simple négligence ne se rencontrant pas dans le droit ancien où, suivant l'expression de DE IHERING (*La faute en droit privé*, trad. DE MEULENAERE, Paris, 1880, p. 7) on ne prenait en considération que « l'injustice objective ».

(5) Les textes le disent expressément : *D.*, 19, 5, *De praes. verb.*, 14, 3 ; *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 39.

(6) *D.*, 19, 5, *De praes. verb.*, 14, 3.

normalement en pâturant *(pecora, pecudes)* (1), par conséquent aussi bien à des quadrupèdes, comme les bœufs, les chevaux (2), les ânes, les mulets, les moutons, les chèvres (3), les porcs (4), qu'à des bipèdes (5), poulets (6), oies, etc. Aussi, croyons-nous que l'appellation complète de notre action était celle d'*actio de pastu pecoris* (7).

4° Il faut que les animaux aient pâturé sur le fonds d'autrui. Dans le cas examiné par ARISTON dans le frag. 14 § 3 au *Dig.*, *De praecriptis verbis*, l'action de *pastu* est déclarée irrecevable parce que le *pastus* n'a pas eu lieu sur le fonds d'autrui, s'est produit sur un fonds appartenant au maître des animaux :

---

(1) Les deux mots sont synonymes l'un de l'autre et proviennent de la même racine *pak* (VANICEK, *Griechisch-Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Leipzig, 1877, p. 456 ; WALDE, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1906, p. 455).Le vieux mot latin est *pecu*, plur. *pecua* : PLAUTE, *Bacch.*, 5, 2, 20 : *quom a pecu cetero absunt* ; *Merc.*, 3, 1, 10 : *Nam didici baiulare, nec pecua ruri pascere* ; CATO, *De agri cult.*, 141, 3 : *pastores pecuaque salva servassis* (Ed. Keil, Leipzig, 1884, I, p. 87) ; FESTUS, V° *pecuum* (Ed. Mueller, p. 246). Cons. MEILLET et VENDRYES, *Traité de grammaire comparée des langues classiques*, Paris, 1924, p. 367, 376, 391. Au singulier le mot *pecus, pecoris*, implique généralement une idée d'universalité, et veut dire troupeau, bétail. Voir la note de KEIL dans son éd. du *Rer. rust.* de VARRON, Leipzig, 1884, I, p. 138, les emplois de *pecus, pecoris* et de *pecus, pecudis*, dans la loi agraire de 643 (GIRARD, *Textes*[5], p. 46 et ss.), ligne 14: *pecudes*; ligne 19 : *pecoris*; ligne 26 : *pecudes*, les étymologies fantaisistes d'ISIDORE DE SÉVILLE, *Etymol. sive orig.*, XIII, 1, 6 (Ed. Lindsay). Dans les sources juridiques les *pecora* et les *pecudes* sont les animaux *quae gregatim pascuntur* : MARCIEN, 7 *Inst.*, *D.*, 32, *De legatis*, 65, 4 ; PAUL, *Sent.*, 3, 6, 73 ; *Inst. Just.*, 4, 3, 1.

(2) *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 39 : *equa cum in alieno pasceretur.*

(3) VARRON, *Rer. rust.*, I, 2, 18 : *quaedam enim pecudes culturae sunt inimicae, ut istae, quas dixisti, caprae. Ea enim omnia novella sata carpendo corrumpunt, non minimum vites, atque oleas.*

(4) MARCIEN, *loc. cit.*, : *et sues autem pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur.*

(5) COLUMELLE, *De re rust.*, VIII, 4 : *Nam volatile pecus facile custodiam pastoris decipit.*

(6) TITE LIVE, VI, 41 : *Quid enim si pulli non pascentur?* ; VARRON, *Rer. rust.*, III, 2, 13 : *gallinae ac columbae.... et caetera, quae in villa solent pasci.*

(7) C'est l'appellation que lui donne ARISTON dans le frag. 14, § 3, *D.*, *De praes. verb.*

quia in tuo pascitur. De même Q. Mucius Scaevola dans le frag. 39 au *Dig.*, *Ad legem Aquiliam*, cite expressément le cas d'une jument, *cum in alieno pasceretur*. Mais l'*actio de pastu* se trouvera exclue lorsque le maître des animaux, quoique non propriétaire du fonds, avait le droit de les mener paître sur le fonds en vertu d'un acte juridique constitutif, soit de droit personnel (1), soit de droit réel (2).

5° Le domaine de l'*actio de pastu* devait être limité par celui réservé au délit consistant à faire paître à ses animaux *frugem aratro quaesitam* (Pline, *H. N.*, XVIII, 3, 12) et dans lequel nous avons reconnu une forme de *furtum*. Lorsqu'un tel délit avait été commis avec les circonstances aggravantes d'avoir eu lieu la nuit, il entrainait pour le coupable une peine excessivement sévère. Quand cette circonstance particulière ne se rencontrait pas, quand le délit avait été commis le jour, les sanctions devaient être les peines ordinaires du *furtum*, variant suivant qu'il y avait eu flagrance ou non (3). Il en

---

(1) Contrat de fermage. — Varron, nous apprend qu'un contrat de ce genre pouvait contenir à ce sujet une clause restrictive : « *Colonus in agro surculario ne capra natum pascat* » (*Rer. rust.*, I, 2, 17) : « *ne colonus capra natum in fundo pascat.* » (*Ibid.*, II, 3, 7). Sur ces « *leges colonicae* » ou « *leges locationis fundi* », comme les appelle indistinctement Varron, cons. Cuq, article *lex* dans le *Dict. des ant. grec. et rom.* de Daremberg et Saglio, III, 2, p. 1118.

(2) Servitude de pacage (*jus pascendi*) : *D.*, 8, 3, *De serv. praed. rust.*, 3, *pr.* : *Item sic possunt servitutes imponi, ut boves, per quos fundus collitur, in vicino agro pascantur* ; *Inst. Just.* II, 3, *De servit.*, 2. — Cons. Elvers, *Die röm. Servitutenlehre*, 1856, p. 414 et ss.

(3) Des textes du *Digeste* le disent expressément pour ce qui est du fait de *secare*, que la loi des XII Tables mettait sur le même pied que le *pascere* : Ulpien, 40 *ad Sabinum*, *D.*, 47, 2, *De furtis*, 21, *pr.* : *Sed et qui segetem luce secat et contrectat, ejus quod secat manifestus et nec manifestus fur est* ; Ulpien, 18 *ad ed.*, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 25 : *Si.... segetem desecuerit immaturam... Aquilia tenebitur : quod si jam maturas, cessat Aquilia : nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem hujus modi fructuum impenduntur : sed si collecta haec interceperit, furti tenetur* (P. Huvelin, *Le furtum*, p. 61, fait remarquer justement qu'à l'époque classique le fait de couper des moissons sans se les approprier ne tombait pas sous le coup de l'action *furti*, mais qu'au temps de la loi des XII Tables il en était autrement) ; Paul, *Sent.*, II, 31, 24 (25) : *Sive seges per furtum.....caesae sint, in duplum ejus rei nomine reus convenitur* (en cas de *furtum nec manifestum*).

résultait donc que l'acte consistant à faire paître son bétail sur le fonds voisin pouvait, suivant les cas, donner naissance à l'*actio furti* ou à l'*actio de pastu*. La ligne de démarcation entre les domaines respectifs des deux actions doit être cherchée à notre sens dans les mots : *frugem aratro quaesitam* dont s'est servi PLINE. Il y a lieu à l'exercice de l'*actio furti* — et par suite l'*actio de pastu* se trouve dans ce cas écartée — lorsque le *pastus* s'est exercé sur un *frugem aratro quaesitam*, sur un fruit obtenu par la charrue, c'est-à-dire, dans un langage plus juridique, sur des fruits industriels par opposition aux fruits naturels, comme c'est le cas des céréales arrivées à maturité (1), à la différence des fruits des arbres (2). L'*actio de pastu* devait donc s'exercer lorsque le *pastus* avait eu pour objet l'herbe des prairies et des champs (3), les bourgeons et feuilles des arbustes (4), les fruits des arbres tombés à terre (des glands (5) par ex.).

b) Effets de l'« actio de pastu ».

1° Dans l'*actio de pastu* le coupable étant, comme nous le croyons exact, le maître de l'animal, c'était de son chef qu'elle était donnée contre lui, et non comme noxale, à l'instar de

---

(1) *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 25, cité à la note précédente ; VARRON, *De ling. lat.*, V, 37 : *seges* ab *satu*, id est semine. Quid *segetes* ferunt, *fruges* ; COLUMELLE, *De re rust.*, II, 20 : *Sed cum matura fuerit seges.*

(2) POMPONIUS, *22 ad Q. Mucium*, *D.*, 22, 1, *De usuris*, 45 : *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo : nam si pomum decerpserit.... non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.*

(3) Principalement celle des terres laissées en jachère : COLUMELLE, *De re rust.*, VI, *praef.* : *cum ille* (agricola) *quam maxime subacto et puro solo gaudeat, hic* (pastor) *novali graminosoque.* — *Novalis* est le terme consacré pour désigner une terre laissée en jachère : *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 30, 2 : « *Novalis* » *est terra praecisa, quae anno cessavit* ; FESTUS, V° *Novalem agrum* (éd. Mueller, p. 174).

(4) Voir la n. 3 de la p. 36.

(5) Il est parlé de *glans* dans le frag. 14, § 3. D., *De praes. verb.*, et dans le frag. 9, § 1, *D.*, *Ad exhib.* — Les glands servaient principalement à la nourriture des porcs (VARRON, *Rer. rust.*, II, 1, 17 ; II, 4, 6) et des bœufs (CATON, *De agri cult.*, 54, 1).

l'*actio de pauperie*, à raison d'un délit de l'animal. Ce n'est pas à dire toutefois qu'elle ne pût être accordée, mais alors dans un sens différent, *noxaliter*. Bien qu'elle ne figure pas dans l'énumération des actions présentant ce caractère (1), il n'y a aucune raison (2) de penser qu'elle n'ait pu, comme la plupart des actions sanctionnant à Rome les délits privés, être donnée comme noxale lorsque l'acte délictueux avait été commis par une personne en puissance, esclave ou fils de famille. Le maître de l'esclave, par exemple, avait, lorsqu'il était ainsi actionné *noxaliter*, la faculté de faire l'abandon noxal de son esclave.

2° Pour ce qui est de l'objet de l'*actio de pastu*, les sources, malheureusement, ne nous fournissent aucun renseignement et nous en sommes réduits aux conjectures. Le droit romain et le droit comparé nous offrent à cet égard des suggestions variées : peine fixe (3), peine proportionnelle au nombre de têtes d'animaux ayant été introduits sur le fonds (4), réparation du dommage à laquelle vient s'ajouter une peine fixe (5), simple réparation du dommage, qui peut être, soit une réparation en nature (6), soit une réparation pécuniaire (7). Nous inclinons à penser qu'elle devait tendre simplement à réparer le dom-

---

(1) L'énumération que donne Gaius, IV, 76, des actions noxales n'est pas limitative. D'autre part, la formule *si servus furtum faxit noxiamve nocuit*, de *D.*, 9, 4, *De noxal. act.*, 2, 1, où l'on a cru trouver le début de la disposition de la loi des Douze Tables relative à la noxalité (XII Tables, 12, 2*a*. Girard, *Textes*[5], p. 22) « semble bien, comme l'écrit M. Girard, *Actions noxales*, *N. R. H.*, XI, 1887, p. 414 = *Mélanges*, II, p. 314, une disposition générale, venant après la disposition spéciale relative au vol, embrasser tous les autres délits privés frappés d'amende par la loi, par exemple tous ces délits divers qui furent plus tard, nous apprend Ulpien, supprimés par la loi Aquilia ».

(2) Le soin de faire paître les troupeaux étant presque toujours confié à des esclaves (agronomes latins, inscription d'Henchir-Snobbeur), le besoin de la noxalité devait se faire sentir dans le cas de l'*actio de pastu* beaucoup plus fortement que partout ailleurs.

(3) Comme en droit romain dans le cas de l'action d'injures.

(4) Loi des Burgondes. Voir *suprà*, p. 3, n. 4.

(5) Loi Salique. Voir *suprà*, p. 3, n.3.

(6) Code d'Hammurabi (Voir *suprà*, p. 2, n. 4.) ; Loi des Visigoths, VIII. 3, 11 (V. *suprà*, p. 3, n. 5).

(7) Loi des Visigoths, VIII, 3, 10 (V. *suprà*, p. 3, n. 5).

mage (1) et qu'il ne pouvait s'agir que d'une réparation pécuniaire (2).

3° Par quelle procédure s'intentait, à l'époque des Actions de la loi, l'*actio de pastu*? On ne peut, croyons-nous, hésiter qu'entre deux variétés de *legis actio*, la *l. a. sacramenti in personam* suivie d'*arbitrium liti aestimandae* et la *l. a. per judicis postulationem*. Si tant il est vrai que cette dernière forme de *legis actio* permît au demandeur d'obtenir, par un seul procès que terminait une *condemnatio*, la reconnaissance du droit et sa liquidation (3), c'est à elle que nous donnons la préférence, eu égard aux complications résultant de la nécessité de faire suivre la *l. a. sacramenti in personam* d'une procédure d'*arbitrium liti aestimandae*.

c) Question de la restitution de la disposition des XII Tables relative à l'« actio de pastu ». — Nous n'abordons cette question qu'en faisant les plus expresses réserves en ce qui concerne l'essai de restitution que nous serons amené à présenter. Nous sommes en effet en plein dans le domaine de la conjecture et nous voudrions ne pas encourir les reproches qui furent adressés à certains romanistes par trop aventureux (4). Mais à défaut de certitudes, on peut arriver, croyons-nous, à quelques approximations que, dans une étude que nous voulons aussi complète que possible, il serait blâmable de passer sous silence.

Le texte fondamental sur l'*actio de pastu*, le frag. 14 § 3 au *Digeste. De praescriptis verbis*, ne peut-il nous donner quelques indications? Examinant un cas pour lequel l'*actio de pastu*

---

(1) En ce sens Zimmern, *Noxalklagen*, p. 111, n. 71 ; Voigt, *XII Tafeln* II, p. 538. — Cela nous semble commandé par les rapports de l'*actio de pastu* et de l'*actio legis Aquiliae*. Voir *infrà*, p. 47.

(2) En sens contraire, Cuq, *Institutions*[1], I, p. 361, qui s'appuie sur des textes de Caton et de Festus, qui ne nous paraissent nullement probants.

(3) Girard, *Manuel*[7], p. 1048.

(4) Pour ne citer qu'un des plus anciens, Jacques Godefroy, dont l'essai de restitution : QUI PECU ENDO ALIENO IMPESCIT (*Thesaurus juris romani* d'Otto, tome III (1727), col. 113) a été critiqué par Dirksen, *XII Tafeln*, p. 534.

serait certainement applicable si une des conditions d'existence ne faisait pas défaut, le *pastus* sur le fonds d'autrui, il n'est pas trop audacieux, pensons-nous, de donner à certaines des expressions qu'il renferme le caractère de termes techniques ayant vraisemblablement figuré sous cette forme ou une autre dans la disposition des XII Tables relative à notre action (1). Et l'on est d'autant plus amené à cette conviction, que les mêmes expressions se rencontrent dans un autre fragment du *Digeste*, la loi 9 § 1 au titre *Ad exhibendum*. Ces termes sont, d'une part, les mots *immisso pecore* et, de l'autre, le mot *depascam*.

En second lieu nous rencontrons dans des textes se rapportant aux XII Tables une expression consacrée servant à désigner le fait de réparer le dommage : *noxiam sarcire* (2).

---

(1) Ou tout au moins dans l'édit du préteur qui a dû, pour l'établissement de la formule de l'*actio de pastu*, s'inspirer de la loi des XII Tables. Voir *infrà*, p. .

(2) Gaius, 4 *ad XII Tab.*, *D.* 48, 9, *De incendio*, 9 (= XII Tables, 8, 10. Girard, *Textes*[5], p. 18) : *Noxiam sarcire* (incendie) ; Aulu Gille, *N. att.*, 11, 18, 8 (= XII Tables, 8, 14. Girard, *Textes*[5], p. 19) : *noxiam sarciri* (vol) ; Ulpien, 18 *ad edictum*, *D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1, 11 : *noxam* (Lenel : noxiam) *sarcire* (extrait de la formule de l'*actio de pauperie* dans lequel il faut voir une réminiscence des XII Tables, 8, 6). — *Noxia* dans cette expression veut dire dommage, étant le synonyme de *damnum* : Festus, V° *Noxia* (Ed. Mueller, p. 174) : [*Noxia*], *ut Ser. Sulpicius Rufus ait, damnum significat*] ; Paul Diacre, V° *Noxia* (Ed. Mueller, p. 175) : *Noxia apud antiquos damnum significabat.* — Quant au mot *sarcire*, il était employé certainement dans les Douze Tables sous la forme : *Sarcito* : Festus, V° *Sarcito* (Ed. Mueller, p. 322) : *Sarcito in XII. Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato.* A ajouter la glose *noxiam* (Ms. : noxam) *sarcito damnum* (Ms. : damno) *solvito* figurant dans le glossaire « Abavus » (sur le glossaire « Abavus » en général, cons. Loewe, *Prodromus corporis glossariorum Latinorum*, 1876, p. 87 et ss.) du Codex Vossianus lat. fol. 82 de la Bibl. de Leyde, et qui a été reproduite dans l'extrait de ce glossaire donné par Goetz, *Corpus glossariorum latinorum*, Lipsiae, V, 1894, p. 630, 12. Sur la glose *noxiam sarcito* en particulier, cons. Loewe, *op. cit.*, p. 100; Max Cohn, *Z.S. St.*, 2, 1881, p. 111.— A l'époque classique, on rencontre plusieurs fois la forme modernisée : *damnum sarcire* dans des textes des *Sent.* de Paul : V. 3, 6 ; V, 20, 3 ; V, 20, 6, et du *Digeste* : 10, 3, *Com. divid.*, 28 ; 25, 2, *De act. rer. amot.*, 21, 2 ; 39, 2, *De damno infecto*, 7, 2 ; 39, 3, *De aqua et aqu. pluv. arc.*, 6, 6. — Sur les différentes acceptions des mots *noxia* et

Faisant état, pour notre essai de restitution, de ces diverses locutions, nous proposerions, laissant aux philologues le soin de vieillir la langue :

SI QUIS IN FUNDUM ALIENUM PECUS IMMISERIT ET QUID DEPASTUM (1) ERIT, NOXIAM SARCITO.

Et, par suite, la formule orale de l'action intentée par *judicis postulatio* pourrait être restituée de la façon suivante :

AIO TE IN FUNDUM MEUM PECUS IMMISISSE ET QUID DEPASTUM ESSE, QUAMOBREM TE MIHI NOXIAM SARCIRE OPORTET.

§ 2. *L'« actio de pastu » et l'Edit du préteur.*

LENEL, ayant pris nettement position en ce qui touche la nature de l'*actio de pastu*, et ayant vu en elle une action noxale analogue à l'*actio de pauperie*, c'est à la suite du titre de l'Edit consacré à cette action : *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur* (§ 75) qu'il a placé dans son *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel* le titre relatif à l'*actio de pastu* : *De pastu pecoris* (§ 76), suivi lui-même du titre se rapportant au délit de la loi Aquilia : *Ad legem Aquiliam* (§ 77). Ayant cru devoir, sur cette question de la nature de l'*actio de pastu*, nous séparer de cet auteur, convaincu que nous sommes que cette action était donnée directement contre le maître de l'animal, en raison d'un délit qui lui était personnel, nous devons rechercher dans quelle mesure les résultats obtenus par LENEL doivent être modifiés.

1° En ce qui concerne d'abord la place occupée par l'*actio de pastu* dans l'Edit perpétuel, il n'y a aucun changement à apporter à l'ordre des titres proposé par LENEL. En effet le mot *pratum*, défini par ULPIEN au livre 18 de son commentaire

---

noxa, cons. M. VOIGT, *Ueber den Bedeutungswechsel...* (Abhand. der Kön. Sächs. Gesells. der Wiss. : Philolog. histor. Classe, tome VI, Leipzig, 1874), p. 125 et ss. ; PERNICE, *Labeo*^{2}, II, 2, p. 11 et ss. ; CUQ, article *Noxa* dans le *Dict. des ant.* de DAREMBERG et SAGLIO, IV, p. 112 ; HUVELIN, *Le furtum*, p. 99 et ss.

(1) GOETZ, *Corpus gloss.*, II, p. 43, 39 : *depastum* κατανενεμήμενον.

sur l'Edit, où ce jurisconsulte traitait les matières de la *pauperies* et du délit *legis Aquiliae*, devant être en toute vraisemblance rapporté à l'institution de l'*actio de pastu*, c'est à l'affinité de cette matière avec celle de la *pauperies* ou celle du *damnum injuria datum* que l'*actio de pastu* devait de figurer à cet endroit de l'Edit. Mais, pour nous, le phénomène d'attraction s'est manifesté dans un sens différent de celui qui lui est reconnu dans le système de LENEL : Ce n'est pas la matière de la *pauperies* qui a attiré à cet endroit celle du *pastus pecoris*, c'est bien plutôt celle du *damnum injuria datum*, visant, comme le délit de *pastus*, un délit de l'homme causant à autrui un dommage dans ses biens. Et l'*actio de pastu*, remontant aux Douze Tables, et par conséquent étant antérieure à la loi Aquilia qui, de son côté, ne vint pas fondre le délit de *pastus* dans le délit général de *damnum injuria datum* (1), on s'explique très bien que le préteur l'ait fait figurer dans son Edit immédiatement avant le délit de la loi Aquilia.

2° Pour ce qui est de la formule de l'*actio de pastu* figurant à cette place dans l'Edit, il ne peut plus être question pour nous de la concevoir à la manière de LENEL (2), c'est-à-dire comme étant calquée sur le modèle de la formule de l'*actio de pauperie*. Il nous faut donc aborder le problème de la restitution de la formule de l'*actio de pastu* envisagée comme une action donnée de son chef contre le maître de l'animal. Dans ce but il convient de rechercher avec soin les vestiges de cette formule conservés dans les sources. Nous sommes ainsi amené à déterminer la portée exacte qu'il importe d'assigner au mot *pratum* défini par ULPIEN dans la partie de son commentaire sur l'Edit, où il traitait la matière du *pastus pecoris* (3). Ce

(1) Parce qu'il s'agissait d'un *damnum non corpore datum*, et aussi parce que le délit de *pastus* ne serait rentré originairement que difficilement dans le cadre du troisième chef de la loi Aquilia : *Si quis alteri damnum faxit quod usserit, fregerit ruperit....* (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 5).

(2) *L'Edit*, I, p. 226 ; *Edictum*^{2}, p. 193.

(3) *D.*, 50, 16, *De V. S.*, 31. Voir *suprà*, p. 18.

mot se trouvait-il dans l'Edit du préteur? Si oui, il faudrait reconnaître en lui un terme qui devait provenir de la formule même de notre action (1). Mais ne convient-il pas plutôt de voir dans la définition de *pratum*, donnée par ULPIEN, la définition d'un mot étranger au texte de l'Edit, mais que le jurisconsulte aurait été appelé à employer dans le cours de son commentaire? L'examen du contenu de la définition nous paraît devoir permettre de répondre de façon précise à la question posée.

Le *pratum* est un bien, écrit ULPIEN, dans lequel on n'a besoin que de la faux pour récolter le fruit. C'est donc *a contrario* un bien dans lequel le travail de l'homme n'est pas nécessaire à la création du fruit. Cette définition évoque donc la distinction des fruits naturels et industriels que nous avons déjà rencontrée à propos de la délimitation des domaines respectifs de l'*actio de pastu* et de l'*actio furti* en matière de *pastus*. ULPIEN dans son commentaire devait prêter à l'étude de cette importante question quelques développements. Le fait de mener paître son troupeau sur un pré *(pratum)* à l'époque proche de la fenaison (2) tombait-il sous le coup de l'*actio de pastu* ou de l'*actio furti*? La raison de douter, c'était qu'à côté des prairies naturelles on rencontrait, comme nous l'apprennent les écrits des agronomes latins (3), des prairies artificielles, nécessitant des travaux de labour (4), et dont la prati-

(1) En ce sens LENEL, l^{is} c^{is}.

(2) C'est à l'époque proche de la fenaison, qui est pour le foin ce qu'est la moisson pour les céréales, que les dégâts commis par les animaux présentaient le caractère le plus grave. Aussi cette époque est elle prise en considération dans les sources : *Sentence de Minucius* « de controversieis inter Genuateis et Veiturios », *C. I. L.*, V, 7749, lignes 37-42 : *Prata quae fuerunt proxuma faenisicei* (= faenisicio)..... *invitis eis niquis sicet, nive pascat nive fruatur* (637 ab U. C.). A rapprocher la Loi Barbare des Visigoths, VIII, 3, 12, (Ed. Zeumer, p. 326) : *Qui in pratum eo tempore quo defenditur, pecora miserit ut postmodum ad secandum non possit erba succrescere....* — Sur la fenaison chez les Romains, cons. CATON, *De agri cult.*, 53 ; COLUMELLE, *De re rust.*, II, 18.

(3) CATON, *De agri cult.*, 50, 1 ; COLUMELLE, *De re rust.*, II, 17.

(4) COLUMELLE, l^{o} c^{o}.

que n'existait pas encore à l'époque des Douze Tables. Devait-on considérer les fruits produits par des prairies de cette espèce comme des fruits industriels, et, par suite, l'acte de les faire paître par son troupeau comme constituant un *furtum*? Ulpien semble avoir repoussé cette manière de voir à l'aide de la définition à base étymologique, qui, nous l'avons vu (1), était en faveur chez les agronomes et les grammairiens.

Le mot *pratum* étant ainsi écarté, il ne nous reste, pour reconstituer la formule de l'*actio de pastu*, que les éléments fournis par le frag. 14 § 3 au *Digeste, De praescriptis verbis*, et qui nous ont déjà permis de reconstituer la disposition des XII Tables relative à l'*actio de pastu*. Il est vraisemblable que le préteur ait reproduit dans la formule de l'action certains termes de la disposition de la loi décemvirale.

En conséquence la formule devait être conçue à peu près en ces termes :

Si paret N^m N^m in fundum A^1 A^1 pecus immisisse et quid depastum esse, quamobrem N^s N^s A^o A^o noxiam (ou damnum) sarcire oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a.

Nous laissons de côté, faute de pouvoir être résolue en l'état actuel des sources, la question de savoir si le titre de *pastu pecoris* de l'Edit ne renfermait pas des formules d'actions autres que la formule d'action civile reconstituée ci-dessus, par exemple d'actions *in factum* ou d'actions utiles comme en matière de *damnum injuria datum*, ainsi que cela aurait pu se produire dans le cas où l'on ne pouvait reprocher au maître de l'animal qu'une simple négligence.

§ 3. *Les destinées de l'« actio de pastu » dans le Droit Romain. Ses rapports avec l'« actio legis Aquiliae. »*

Ulpien (2), dans son commentaire sur l'Edit, au titre *Ad*

(1) Voir *suprà*, p. 19 , n. 1.

(2) Ulpien, 18 *ad edictum*, *D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 1, *pr.* : *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit ; quas leges nunc referre non est necesse.*

legem Aquiliam, nous apprend que la loi Aquilia (1) vint déroger (2) à toutes les lois qui avaient déjà légiféré en matière de *damnum injuria datum*, qu'il s'agisse de la loi des XII Tables ou de toute autre loi postérieure à celle-ci. Mais depuis longtemps (3) on a pensé que l'affirmation d'Ulpien était tout au moins exagérée, en présence de l'existence avérée de certains délits, remontant certainement aux XII Tables, et qui, bien qu'ayant pour objet le dommage causé à la chose d'autrui, n'ont pas été touchés par la loi Aquilia. On les rencontre en effet mentionnés dans des fragments du *Digeste*, où ils sont présentés comme encore en usage. Tels sont le délit sanctionné par l'*actio de arboribus succisis* (4), le délit d'incendie involontaire donnant lieu, pour la réparation du dommage, à l'exercice d'une action particulière qui paraît bien s'être appelée *actio aedium incensarum* (5), délits auxquels il con-

(1) Sur la date de la loi Aquilia, cons. Girard, *Manuel*[7], p. 432, n. 2.

(2) Sur le sens particulier du mot *abrogare*, abroger en partie, voir Ulpien, *Reg.* I, 3.

(3) Voir en dernier lieu Cuq, *Manuel*, p. 568, n. 7. — Le fragment, cité par cet auteur de Marcellus, 8 *Digestorum*, *D.*, 47, 6, *Si familia furtum*, 5, n'a rien à voir avec la question, le bout de phrase *si modo cum eo quoque ex lege Aquilia vel ex duodecim tabulis agi potest* visant l'application respective des actions noxales *furti* et *legis Aquiliae*, dont les conditions d'exercice étaient, comme on le sait, différentes. Cf. Huvelin, *Le furtum*, p. 94, n. 1, et les références par lui données.

(4) Paul, 18 *ad edictum*, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 6 : *Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.* Cf. Gaius, IV, 11 ; Pline, *Hist. nat.*, XVII, 1, 7. — La tentative de P. Huvelin (*La notion de l'injuria*, Mélanges Appleton, p. 466, tirage à part, p. 98 ; *Le furtum*, p. 67) de ramener le fait d'*arbores succidere* à la notion du délit d'injures (*injuria* proprement dite) ne nous paraît pas avec Kuebler, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 443, et Girard, *Manuel*[7], p. 419, n. 4, devoir être accueillie favorablement.

(5) Gaius, 4 *ad legem duodecim tabularum*, *D.*, 47, 9, *De incendio*, 9, Pal. 434 : *qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur*, dans lequel la majorité des auteurs (en dernier lieu Mommsen, *Strafrecht*, p. 836 = trad. Duquesne, III, p. 159. Dans le doute

vient d'ajouter, si l'on partage l'opinion défendue par nous, le délit réprimé par l'*actio de pastu*.

Mais nos trois délits devaient finir par faire chacun double emploi avec celui de la loi Aquilia, destiné, en se généralisant, à absorber tous les dommages causés à la chose d'autrui. A l'époque classique, cela nous est attesté à la fois pour le délit consistant à couper les arbres d'autrui (1) et pour celui d'incendie involontaire (2). Le délit de *pastus* sur le terrain d'autrui devait à son tour, mais plus tardivement, se soumettre à la loi commune (3). La résistance, vraisemblablement, provenait de ce fait, qu'à la différence de ce qui se présentait dans les autres délits, on avait affaire ici à un *damnum non corpore datum*, et qu'il ne pouvait s'agir de permettre, concurremment à celui de l'*actio de pastu*, l'exercice pur et simple de l'*actio legis Aquiliae*. Quoi qu'il en soit, l'obstacle n'était pas encore, semble-t-il, écarté en 294 ap. J. C., puisqu'à cette époque les empereurs Dioclétien et Maximien trouvèrent bon

---

Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 117, n. 5), se plait à reconnaître une paraphrase de la disposition des Douze Tables. Quant au nom de l'action (*actio aedium incensarum*), il paraît bien nous avoir été conservé par un fragment d'Ulpien, 4 *ad ed.*, *D.*, 2, 14, *De pactis*, 7, 13 : *Si paciscar, ne pro iudicati, vel incensarum aedium agatur, hoc pactum valet*, duquel on peut rapprocher deux scolies des *Basiliques* : scolie de Thalelaeus sur *C.*, 3, 35, 2 (Ed. Heimbach, V, p. 324) : και ἄλλη ἀγωγή λεγομένη ἀεδίουμ ινκενσάρουμ ; scolie anonyme sur *D.*, 2, 14, 7, 13 (Ed. Heimbach, I, p. 572): τὴν ἀεδίουμ ἰγκενσαρουμ. Cons. Zachariae, *Z. S. St.*, 8, 1887, p. 224 et ss.

(1) Voir le frag. de Paul, 18 *ad edictum*, *D.*, 12, 2, *De jurejur.*, 28, 6, cité *suprà*, p. 46, n. 4. Comme on le sait, la vieille *actio de arboribus succisis* des Douze Tables fut doublée dans l'Edit du préteur par l'*actio arborum furtim caesarum* avec laquelle elle ne doit pas être confondue. Cons. Girard, *Manuel*[7], p. 452, n. 2.

(2) Fragment d'Ulpien, 18 *ad edictum*, rapporté à la fois au *Digeste*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 7 : *Item si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliae actionem habebo*, et dans la *Collatio*, 12, 7, 1 : *Item si insulam meam adusseris vel incenderis, Aquiliae actionem habebo, idemque est et si arbustum meum vel villam meam.*

(3) C'est également l'action βλάβης, action correspondant à l'action sanctionnant en Droit Romain le *damnum injuria datum*, que l'on exerçait en Grèce contre l'homme libre qui faisait paître ses troupeaux sur le terrain d'autrui. Voir *suprà*, p. 3, n. 1.

dans un rescrit d'affirmer qu'en cas de *depasta per injuriam* on ne serait pas empêché d'agir *ex sententia legis Aquiliae*, c'est-à-dire par une action utile de la loi Aquilia (1). Etant donnés les avantages que devait présenter cette action utile *legis Aquiliae* en regard de l'*actio de pastu* (2), il y a tout lieu de croire que celle-ci dut rapidement s'effacer devant sa rivale. Et cela nous explique pourquoi Justinien n'ait pas, dans son *Digeste*, jugé nécessaire, à l'instar du préteur dans son Edit, de consacrer un titre spécial au *pastus pecoris*. Tout vestige de la vieille action des Douze Tables aurait de ce fait disparu si sa mention, toute fortuite, dans un fragment d'ULPIEN inséré dans le *Digeste* au titre *De praescriptis verbis*, ne l'avait sauvée de l'oubli.

A. FLINIAUX.

(1) *C.*, 3, 35, *De lege Aquilia*, 6. Voir *suprà*, p. 19.

(2) Elle faisait obtenir le montant du préjudice calculé sur la plus haute valeur dans les trente jours ayant précédé le délit (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 27, 5), et ,d'autre part, elle était donnée au double *adversus infitiantem* (*D.*, 9, 2, *Ad leg. Aquil.*, 23, 10).

LA REVOCATIO IN SERVITUTEM DEL LIBERTO INGRATO

PAR

P. DE FRANCISCI

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

LA REVOCATIO IN SERVITUTEM DEL LIBERTO INGRATO

1. Il problema che io riprendo è di quelli più discussi presso la scuola culta, dal Cuiacio (1) sino agli epigoni del secolo XVII e XVIII (2), ed è stato pure trattato anche in tempi a noi più vicini, largamente, dal Leist (3), e, più brevemente, ma con maggior precisione dal Karlowa (4), dal Pernice (5), dal Buckland (6). E lo riprendo sia perchè, a mio credere, in questo campo, un po' trascurato, della libertinità v' è ancora possibilità di qualche messe non disprezzabile, sia perchè non credo che siano state valutate con precisione le diverse correnti che sull'istituto della *revocatio in servitutem* hanno esercitato la loro azione, correnti varie e talora opposte, cosicchè il processo storico non ha seguito, come di solito si suppone, una linea retta e continua, ma una linea spezzata per il frequente mutar di influenze.

2. Non è questo il luogo per esaminare i problemi generali riguardanti l'ingratitudine ed i suoi estremi, l'*ingrati accusatio*

---

(1) *Obs.* X, 33, XXI, 6.

(2) Gothofr. *Ad C. Theod,* c. 1 C. Th. II, 22 ; Otto, *Thes.* IV, praef. ; e Enricus a Suerin, *ibid.* IV, col. 7-9.

(3) In Glueck, *Serie dei libri* 37-38, p. IV, § 73 (trad. it. p. 321 ss.) ; p. V, § 127 (trad. it. p. 57 ss.).

(4) *R R G.* II, p. 143. L'opinione del Karlowa si accosta a quella del Cuiacio.

(5) *Labeo,* III, p. 80, n. 3. Il Pernice corregge parecchie imprecisioni del Leist.

(6) *The roman law of slavery,* 1908, p. 422-424.

e la sua data (1), temi che mi porterebbero troppo lontano. È certo in ogni modo che il regolamento giuridico di questa materia si compì verso la fine della repubblica o i primi anni del principato e che in un primo momento il diritto mirò soprattutto a limitare l'arbitrio del patrono.

Senza dubbio nella costituzione sociale primitiva romana lo schiavo liberato doveva trovarsi in una condizione non molto dissimile da quella del servo, e senza dubbio l'*obsequium* del liberto non era che una prosecuzione di quello dello schiavo (2); e di ciò è ancora ricordo nelle espressioni di Cicerone (*Ad Quint. fr.* I, 1, 4), il quale parlando dei liberti dice che ad essi *maiores nostri non multo secus ac servis imperabant*. Infatti, data la natura della società primitiva, la manomissione non doveva nè poteva troncare i rapporti col gruppo: ciò del resto avrebbe rappresentato non solo uno svantaggio per questo che sarebbe venuto indebolendosi colla perdita completa di un suddito che era pure uno strumento di lavoro, ma non sarebbe stato nemmeno proficuo per il manomesso, il quale non essendo *ingenuus* (3), nell'antico comune patrizio, staccato dal suo gruppo sarebbe stato privo di qualsiasi appoggio e difesa. Ciò spiega come il manomesso nella società primitiva si consideri ancora legato al gruppo e vi mantenga una posizione di servitù attenuata, di obbedienza *(obsequium)* e di dipendenza dal *pater* e dai membri del gruppo stesso (4).

---

(1) Sarebbe stata introdotta dalla *lex Aelia Sentia* sec. il Cuiacio, *Obs.* XXI, 6; Zimmern, *Rechtsgesch*, § 200 n. 2; Walter, *Rechtsg.*, § 469, n. 19. Contra Leist (che cito sempre nella trad. ital.) IV, p. 323; V, p. 59, per il quale la lex Aelia Sentia avrebbe solo regolato con maggior diligenza taluni particolari.

(2) Cfr. a. Leist, *l. c.* IV, p. 317, il quale richiama *Coll.* III, 35.

(3) V. a. Voigt, *Über Clientel u. Libertinität, Ber. der Sächs. Ges. der Wiss.* 1878, p. 147, n. 1; p. 184, n. 124.

(4) Giustamente l'Accarias, *Man. de droit rom.* I, p. 59, n. 1, osserva come i *iura patronatus* siano dei residui dell'energica potestà dominicale. Credo fallace voler fondare il rapporto di patronato su di una pretesa consanguineità fittizia esistente fra patrono e liberti in seguito alla manomissione, consanguineità sulla quale il Leist costruisce tutta la sua dottrina,

Che i manomessi andassero ad ingrossare la sfera dei *clientes* e che in quella rappresentassero forse una delle categorie inferiori è quasi generalmente riconosciuto. Che continuassero a far parte del gruppo si ricava non solo dalle asserzioni delle nostre fonti più tarde (D. 26, 4, 3 § 3, Ulp. 38 *ad Sab.*; D. 50, 16, 195 § 1 Ulp. 46 *ad Ed.*), ma pure dal fatto che il liberto porta, di regola, il *praenomen* e il *nomen* del *dominus* (1) e

---

e che è pure accennata dal Voigt, *l. c.*, p. 209, ma più dal Lemonnier, *Condition privée des affranchis*, p. 103, e dal Perozzi, *Ist.* I, p. 189, per il quale quel carattere del patronato dipenderebbe dal carattere di adozione della primitiva manomissione. Si dice in sostanza che il *patronus* rispetto al liberto è quello ch'è il *pater* per rispetto al figlio, e sin qui il rilievo è abbastanza insignificante ; ma poi proiettando concetti etici moderni in un'epoca primitiva si ricerca nella *naturalis ratio* (Leist) il fondamento della *reverentia* del figlio e del liberto rispettivamente verso il *pater* e il *patronus*. Certo v'ha qualche testo che *pare* confermare questa teoria : Dio. Hal. XI, 10 : οὐδὲν διαφέρουσαι συγγενικῶν ἀναγκαιοτήτων αἱ τῶν πελατῶν τε καὶ προστατῶν συζυγίαι παισὶ παίδων συνιστάμεναι : Syr. sent. 450 Wölffl. : probus libertus sine natura est filius : D. 26, 4, 3 § 3, Ulp. 38 *ad Sab.*; Justin. C. 6, 38, 5, C. 6, 4, 4 §§ 14, 22; Nov. 78 c. 2 ; Quint. I. O. XI, 1, 66 ; Festus v. Patronatus : patronus a paterna necessitate. Ma io credo che tutti questi autori siano rimasti vittime di un miraggio. È arbitrario infatti dedurre una pretesa consanguineità fittizia dal rilievo del rapporto fra *pater* e *patronus* (Festo) e dall'appartenenza del liberto alla famiglia (Ulpiano) : ognuno sa come il *pater* non sia che il capo, signore del gruppo e come l'appartenenza alla famiglia abbia la sua base nel vincolo di soggezione al capo comune. Del resto i testi citati appartengono ad epoca tarda, oppure derivano da retori (Siro, Quintiliano) o da storici poco sicuri in fatto di spiegazione di istituti romani come Dionigi di Alicarnasso. Nè alcun valore può attribuirsi alle espressioni di Giustiniano.

Vi sono poi due considerazione decisive contro la dottrina propugnata specialmente dal Leist. La prima è che il rapporto di cognazione nel periodo primitivo è elemento che passa in seconda linea in confronto a quello di agnazione. La seconda è che, se quella concezione (e ciò vale anche per l'ipotesi del Perozzi) può spiegare l'*obsequium* verso il patrono, essa non spiega affatto l'*obsequium* verso i figli del patrono. Nè si obbietti che nel tit. 37, 15 delle Pandette *parentes* e *patroni* paiono ravvicinati dal punto di vista dell'*obsequium*; perchè il titolo con frammenti tratti d'ogni parte è stato costruito dai compilatori, come appare anche dal confronto con C. 6, 6, che si riferisce esclusivamente al patronato : e perchè quel riavvicinamente è motivo nuovo e caro a Giustiniano (v. Nov. 78 c. 2 pr.) il quale lo ricava dai principii dell'editto *de in ius vocando*.

(1) Lemonnier, *l. c.*, p. 167 ; p. 304 ss. : v. a. p. 87 n. 1.

mantiene l'*origo* e il *domicilium* (1) del patrono. Che nel gruppo i liberti avessero la posizione di soggetti liberi di rango inferiore risulta da una serie di rudimenti storici molto significativi e che non lasciano luogo a dubbio alcuno (2). Ma non per questo possiamo ammettere, come vuole il LEIST, che il patrono, mediante la *manus iniectio* che gli competeva contro il liberto (3), potesse ritogliergli la libertà. Che ciò potesse avvenire nel periodo anteriore alla formazione della *civitas* non è da escludere, ma noi non stiamo quì trattando problemi di preistoria giuridica. E quando le manomissioni solenni *(testamento, censu, vindicta)*, che si compivano con atti formali innanzi al popolo o al magistrato procurarono colla libertà anche la cittadinanza e ancor più quando anche la classe dei libertini ebbe il suo posto nelle tribù, noi non possiamo supporre che il *pater* avesse la facoltà di ridurre in ischiavitù un cittadino, perchè, in quanto liberto, era venuto meno ai doveri dell'*obsequium*. Ciò — come osserva anche il Pernice — non poteva dalla *civitas* essergli accordato che mediante una legge ; e di disposizioni legislative in materia

---

(1) Fr. Vat. 221 ; D. 50, 1, 6 § 3 ; D. 50, 1, 7 ; C. 10, 38, 2 : cfr. D. 48, 22, 13.

(2) Ricordo anzitutto come gli interpreti della *Lex Cincia* ritenessero che *libertus continetur servi appellatione*, Fr. Vat. 307, 308, Paul. 71 ad Ed. : cfr. Cic. ad Quintum fr. I, 1, 4 : v. KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 143. Rammento ancora il costume della convivenza del liberto col patrono : D. 7, 8, 2 § 1, Lab. et Cels. in Ulp. 9 ad Sab. ; D. 9, 3, 5 § 1, Trebat. in Ulp. 23 ad Ed.; D. 21, 1, 17 § 15 Cael. Sab. in Ulp. 1 ad Ed. aed. cur.; Tac. Ann. 14, 45 ; Dio. Cass. LVI, 27, di liberti che seguono il patrono in esilio : v. a. D. 25, 7, 12 § 2, Paul. 38 ad Ed. : Cic. Ad Att. VII, 2, 8. Il patrono esercita sui liberti la sua giurisdizione domestica ; LEIST, *l. c.*, V, p. 54 ss. ; KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 143 ; cfr. Val. Max. 6, 1, 4 : REIN, *Crimin. Recht.*, p. 838 (A torto il WALLON, *Hist. de l'esclav.* II, p. 406, pensa ad un manomesso con forme non solenni) ; Suet. Caes. 48 ; Aug. 67 ; Spart. Vita Hadr. § 18 (carceri speciali per i liberti) ; il patrono in forza di questa sua giurisdizione puó e deve punire i furti dei liberti nè è ammesso ad accusarli innanzi al magistrato (D. 48, 19, 11 § 1, Marcian ; D. 47, 2, 90 Paul.). Ed infine si ricordi la *manus iniectio* che il patrono ha sul liberto (LEMONNIER, *l. c.*, p. 104 ; LEIST, *l. c.* V, p. 55-57 ; IV, p. 277 ss. ; v. QUINT. *Inst. or.*, VII, 7).

(3) Vedi la n^a^. precedente, *in fine*.

noi non abbiamo traccia alcuna per tutta l'epoca repubblicana.

Nè i testi citati dal LEIST (1) possono servire a dimostrare la sua tesi secondo la quale quel diritto del patrono sarebbe sempre esistito, e avrebbe richiesto il concorso del magistrato solo dopo l'editto di RUTILIO.

Il LEIST richiama, com' è noto, il Fr. DOSITH. *de manum.* § 5 : « Manumissio fiebat vindicta vel testamento vel censu... quae appellatur iusta ac legitima manumissio. hi autem qui domini voluntate in libertate erant, *manebant servi* et si manumissores ausi erant *in servitutem denuo eos per vim redigere*, *interveniebat praetor* et non patiebatur manumissum servire. »

È chiaro che la pretesa *revocatio in servitutem* da parte del patrono qui non avrebbe riguardato che le manomissioni non solenni, nelle quali alla stregua dell'antico *ius civile* i manomessi *manebant servi*. Il passo di DOSITEO nulla prova per la manomissione solenne : anzi l'intervento del pretore a impedire le revoche delle manomissioni non solenni, fa pensare che in caso di manomissione solenne il preteso diritto attribuito al patrono dal LEIST non esistesse.

Nè maggior valore (2) ha il passo di TERENZIO, *Andria*, I, 1 v. 8 ss. Quì Simo parla al liberto Sosia : « Ego postquam te emi, a parvolo ut semper tibi apud me iusta et clemens fuerit servitus, scis feci *ex servo ut esses libertus mihi*, propterea quod servibas liberaliter. Quod habui summum pretium persolvi tibi. » Risponde Sosia : « In memoria habeo ». Replica Simo : « *Haud muto factum* ». E Sosia allora rallegrandosi : « Gaudeo si tibi quid feci aut facio quod placet et id gratum fuisse adversus te habeo gratiam ; sed hoc mihi molestum est : nam istaec commemoratio quasi exprobratiost immemori benefici ». Conclude il LEIST che, se Simo può dichiarare a Sosia « *Haud muto factum* », segno è che egli avrebbe facoltà

(1) *l. c.* V, p. 57.
(2) V. a. PERNICE, *l. c.* p. 81, n.

di revocare. Ma, senza dire che è arbitrario ricavare tali conseguenze giuridiche da un' espressione che può significare semplicemente « Non muto pensiero, non muto volontà », il LEIST non ha pensato che TERENZIO — così fedele ai suoi modelli greci (1) — non può offrire nessun elemento sicuro per la conoscenza del diritto romano. Anzi, come vedremo, ove le parole *Haud muto factum* si vogliano interpretare secondo le idee del LEIST (2), esse alludono certo a principii ellenici (3).

Del resto che nel 50 a. C. non esistesse l'*ingrati accusatio* e tanto meno la *revocatio in servitutem* parmi si possa ricavare da quel passo di CICERONE, *Ad Att.* VII, 2, 8, nel quale si ricorda l'editto di LIVIO DRUSO : « Mitto alia quae audio, multa, mitto furta : fugam non fero, qua mihi nihil visum est sceleratius. Itaque usurpavi vetus illud Drusi, ut ferunt, praetoris « In eo qui eadem liber non iuraret » me istos liberos non addixisse, praesertim cum adesset nemo a quo recte vindicarentur. »

CICERONE cioè per punire due liberti ladri e fuggitivi dalla casa non sa ricorrere che all'editto di LIVIO DRUSO, il quale, forse (4), negava la *vindicatio in libertatem* a favore del manomesso, il quale non rinnovasse da libero il giuramento che aveva prestato *libertatis causa* prima della manomissione. Questa *denegatio* del pretore dimostra chiaramente che in base alle norme del *ius civile* malgrado il mancato giuramento, la

---

(1) L'Andria di Terenzio è una contaminazione dell'Andria e della Perinthia di Menandro.

(2) L'interpretazione del LEIST è stata proposta da Donato, Ad Andr. 1, 1, 15 solo in modo dubitativo. « An secundum ius... loquitur quod adversus libertos ingratos est ut in servitutem revocentur? » Ma il passo può servire a dimostrare l'esistenza della *revocatio in servitutem* in Roma al tempo di Elio Donato, che scriveva verso il 350 d. C., non già all'epoca di Terenzio.

(3) Nulla si puó ricavare da PLAUTO, *Persa* V, 2, 57 :

Sed ita pars libertinorum est nisi patrono qui advorsatus est,
Nec satis liber sibi videtur, nec satis frugi, nec satis honestus
Ni id efficit, ni ei male dixit, in grato ingratus repertus est.

(4) Dico « forse » perchè quale fosse il mezzo introdotto da Livio Druso non risulta con precisione. V. a. GIRARD, *Manuel*[6], p. 505 n. 3.

libertà del manomesso non può essere attaccata. Ma il patrono può peraltro, di fatto, considerarla come non avvenuta ed esercitare la sua coazione sul liberto, al quale il pretore nega — fino a giuramento prestato — ogni tutela rifiutandogli la *vindicatio in libertatem*, che a rigore di diritto gli spetterebbe.

Non esiste pertanto nemmeno un principio di prova che l'antico *ius civile* conoscesse una *revocatio in servitutem* del liberto che fosse venuto meno ai doveri dell' *obsequium*.

3. Il passo citato dell' epistola *ad Atticum* ci dimostra anche come all' epoca di CICERONE non esistesse una *ingrati accusatio* ; donde l'infondatezza della tesi del LEIST che attribuisce l'introduzione di quel procedimento a RUTILIO (1) e che afferma essere la *revocatio*, accanto all' esilio, alla condanna ad metalla, alle pene pecuniarie, una delle pene alle quali il magistrato poteva ormai condannare il liberto ingrato (2).

Invece mi pare indubitato che nella *lex Aelia Sentia* fosse regolata la materia dell' *accusatio ingrati* (3) ; ma mi sembra peraltro altrettanto certo che la *lex Aelia Sentia* non ha affatto introdotto la pena della *revocatio in servitutem* (4). Non è improbabile invece che la stessa legge avesse sancito contro i liberti ingrati la pena della *relegatio ultra centesimum lapidem* (TAC. XIII, 26), che è il limite imposto dalla stessa legge ai *dediticii* (GAI. I, 26, 27), e, per casi più gravi, la condanna al lavoro *in opus publicum* (DOSITH. *Hadr. Sent.* 3 : τὸν ἴδιον ἀπελεύθερον — κατὰ νόμον Αἴλιον Σεντίον εἰς λιθοτομίας βεβλήχει). Ma che di *revocatio in servitutem* non si parlasse, risulta, come già fu notato da parecchi scrittori, da TACITO,

---

(1) *l. c.* V, p. 58.

(2) *l. c.* V, p. 59, n. 63.

(3) È l'opinione del CUIACIO, *Obs.* X, 33 ; v. a. GOTHOFR, *l. c.* ad C. 1, C. 2, 22 ; PUCHTA, *Inst.* 2, § 220, p. 119 ; ZIMMERN, *Röm. R. G.*, I, p. 733 ss. Cfr. D. 40, 9, 30, Ulp. 4 ad l. Ael. Sent. ; D. 50, 16, 70 pr. Paul 73 ad Ed. Dosith. Hadr. Sent. 3 ; Dio. Cass. LV, 13 : v. a. VOIGT, *l. c.*, p. 205, n. 176.

(4) V. a. PERNICE, *l. c.*, p. 80 n. 3, dove a lin. 4-5 anzichè *ingr. accus.* devesi evidentemente leggere *revoc. in servitutem*.

Ann. XIII, 26, 27. Narra lo storico come al tempo di NERONE, e precisamente nell' anno 57, si sarebbe discusso in senato *de fraudibus libertorum* e si sarebbe proposto che *adversus male meritos revocandae libertatis ius patronis daretur.* La proposto fu discussa ma non si addivenne ad un senatoconsulto. Gli avversarii di essa osservavano che non si doveva, per alcuni eccessi verificatisi, mutare tutto il regime della libertinità, in un momento nel quale i libertini erano ammessi al senato e alle cariche : che i patroni potevano valersi per la *manumissio* di due vie, di quella *vindicta*, e della forma non solenne « ut relinqueretur poenitentiae aut novo beneficio locus ». Questa opinione prevalse : anzi l'imperatore scrisse al senato « *privatim expenderent causam libertorum, quotiens a patronis arguerentur : in commune nihil derogarent* ».

Qui appare chiaro non solo che nulla fu innovato, ma che rispetto alla *revocatio in servitutem* non si trattava di restituire un diritto ai patroni, ma di concederlo. Ma, obbietta il LEIST (1), per salvar la sua tesi, qui viene rifiutata al patrono la facoltà di retrotrarre in ischiavitù il liberto di sua iniziativa ; non si nega invece che tale conseguenza possa verificarsi attraverso una regolare *ingrati accusatio.* Ma, si può replicare al LEIST, se ciò fosse stato possibile come conseguenza dell' *accusatio*, perchè sarebbe sorta la questione? E come mai nessuno in senato l'avrebbe rilevato? e perchè tale possibilità non sarebbe stata ricordata dall' imperatore?

Da parecchi testi classici si ricava del resto che nemmeno attraverso una *ingrati accusatio* si giungesse alla revoca in ischiavitù ; ne tacciono Ulpiano, Callistrato, Modestino.

D. 1, 12, 1 § 10 ULP. *de off. p. u.*

Cum patronus contemni se a liberto dixerit vel contumeliosum sibi libertum quaeratur vel convicio se ab eo passum liberosque suos vel uxorem vel quid huic simile obicit : praefectus urbi adiri solet et pro modo querellae corrigere eum. aut

(1) *l. c.* V, p. 60-61.

comminari aut fustibus castigare aut ulterius procedere in poena eius solet : nam et puniendi plerumque sunt liberti : certe si se delatum a liberto vel conspirasse eum contra se cum inimicis doceat, etiam metalli poena in eum statui debet. (1).

D. 37, 14, 1 Ulp. IX *de off. proc.*

Patronorum querellas adversus libertos praesides audire et non translaticie exsequi debent, cum si ingratus libertus sit, non impune ferre eum oportet. Sed si quidem inofficiosus patrono patronae liberisve eorum sit tantummodo castigari eum sub comminatione aliqua severitatis non defuturae, si rursum causam querellae praebuerit et dimitti oportet (2). Enimvero si contumeliam fecit aut convicium eis dixit, etiam in exilium temporale dari debebit : quod si manus intulit in metallum dandum erit ; idem et si calumniam aliquam eis instruxit vel delatorem subornavit vel quam causam adversus eos temptavit.

D. 49, 14, 2 § 6, Call. II *de iure fisci.*

Imperator noster Severus Augustus constituit ne servi delatores dominorum audiantur sed ut poena exerceantur : libertos quoque causae mandatores contra patronos a praesidibus provinciarum poena plectendos.

D. 37, 14, 7 § 1 Mod. *lib. sing. de manum.*

Mandatis imperatorum cavetur ut etiam in provinciis praesides de querellis patronorum ius dicentes secundum delictum admissum libertis poenas irrogent. interdum illae poenae a liberto ingrato exiguntur : vel pars bonorum eius aufertur et patrono datur : vel fustibus coeditur et ita absolvitur.

---

(1) Sulle diverse pene v. a. Buckland, *l. c.*, p. 423. Circa la riduzione del liberto in condizione di latino, di cui ci parla Costantino, C. Th. 2, 22, 1 (cfr. Gothofr. *ad h. l.*, il quale richiama Salviano, *Ad eccles.* 3, 33) e che non è possibile dire quando e come sia stata introdotta v. pure Buckland, *l.c.* il quale pensa che colla stessa riduzione in condizione di latino si colleghi la perdita della facoltà di testare di cui parla Suet. *Nero* 32.

(2) Cfr. P. Oxy, IV, 706 i. f.

Inoltre da un gruppo di costituzioni di GORDIANO e DIOCLEZIANO appare come gli imperatori reagiscano contro le pretese dei patroni che vogliono *revocare in servitutem* i liberti.

C. 7, 9, 1 GORDIANUS Epigono (s. a.).

Si ita, ut lege municipali constitutionibusque principum comprehenditur, cum servus publicus esses, ab ordine consentiente etiam praeside provinciae manumissus es, non ex eo quod is quem dederas vicarium in fugam se convertit, iugo servitutis quod manumissione evasisti, iterato cogeris succedere. Cfr. a. C. 2, 2, 2, GORD. a. 239.

C. 7, 16, 23 Imp. DIOCL. et MAX. AA. et CC. Musciae :

Si tibi testamento directa libertas a domino relicta est et ex eo successerunt scriptae filiae, non idcirco, quod secundum eius voluntatem vel contra de filiis uni praestas obsequium, ceterae filiae tuam rescindere possunt libertatem (a. 293).

C. 7, 16, 26 Imp. DIOCL. et MAX. AA. et CC. Molento :

Sicut datam libertatem manumissis adimere patronus non potest, ita manumissionis instrumentum praestare cogitur (a. 294).

C. 7, 16, 30 Imp. DIOCL. et MAX. AA. et CC. Eutychio :

Solo obsequii non praestiti velamento data libertas rescindi non potest. (a. 294).

C. 7, 16, 33 Imp. DIOCL. et MAX. AA. et CC. Melitianae :

Licet accepta pecunia dominus te manumisit tamen tributa libertas rescindi non potest (a. 294).

Queste costituzioni che spesse volte sono state richiamate a dimostrare il conflitto tra i principii del diritto romano e le tendenze elleniche (1), sulle quali ritorneremo più innanzi, mi paiono offrire la prova più sicura che secondo il *ius ordina-*

(1) MITTEIS, *Reichsr. u. Volksr.*, p. 393-394 ; FERRINI, *Pand.*, p. 73, n. 4; TAUBENSCHLAG, *Das röm. Privatrecht z. Zeit Dioklet.* p. 227. V. a. MITTEIS, *l. c.*, p. 128, e PARTSCH, *Z. S. S.* 28, 1907, 433-434 a proposito di Fr. Dos. 12, che rivela pure l'origine greca della tendenza alla riduzione in servitù del liberto.

rium per tutto il periodo classico non è stata applicata la *revocatio in servitutem* nemmeno alle ingratitudini più gravi dei liberti.

4. Ho detto secondo le norme del *ius ordinarium*, perchè ai testi da noi citati se ne possono — e su di essi si fonda il LEIST — oppone altri nei quali la *revocatio* appare quale pena dell'ingratitudine. Ma di questi, come or ora vedremo, alcuni sono interpolati, ed altri ci riferiscono misure straordinarie (extraordinaria auxilia cfr. PAUL. D. 29, 5, 7) accordate dall' imperatore, e per ordine suo applicate da quelli che erano i magistrati competenti e cioè dal *praefectus urbi*, funzionario imperiale il quale giudica sempre *extra ordinem*, e, nelle provincie, dai *praesides* (1).

Ma vediamo i singoli casi.

a) Secondo SVETONIO (*Claud.* c. 25), Claudio avrebbe ammesso la retrotrazione in ischiavitù dei liberti accusati di ingratitudine « ingratos et de quibus patroni quererentur revocavit in servitutem, advocatisque eorum negavit se adversus ipsorum ius dicturum » (cfr. DIO. CASS. LX, 28). Ma è certo che qui lo storico ha erroneamente considerato come una norma generale, che veramente applicata a tutti i liberti ingrati sarebbe stata eccessiva, la misura presa da Claudio per un caso particolare (2), che ci è riferito da Marciano 13 Inst. D. 37, 14, 5 pr.

Divus Claudius libertum qui probatus fuit patrono delatores summisisse qui de statu eius facerent ei quaestionem, servum patroni esse iussit [eum libertum] (3).

---

(1) La competenza del *praefectus urbi* risulta da alcuni passi : D. 1, 12, 1 § 2, 10 ; D. 37, 15, 1 § 2, quella dei *praesides* da D. 37, 14, 1 ; D. 37, 14, 7 § 1 ; D. 49, 14, 2 § 6 ; C. 2, 30, 3 § 1 ; C. 6, 6, 4, pr. Oscura mi riesce la competenza in questa materia del *praefectus aerarii* di cui parla Dosith. Hadr. Sent, 3.

(2) Così già il GOTHOFR, *ad c.* 1 C. Th. 2, 22, sulle orme del CUIACIO, *Obs.* X, 33 ; così a. HEINECC. *Antiq.* I, 6, 9 ; GRAVINA, *De legib. et senatuscons.* c. XIX ; PERNICE, *l. c.*, p. 80, n. 3 ; VOIGT, *l. c..*, p. 206, n. 179.

(3) Sopprimo *eum libertum* col VAN VRYHOFF, *Obs. iur. civ.* c. 22, p. 119, seguito dall'Aloandro.

Il LEIST (1) dal passo di Svetonio combinato col testo delle Pandette ricava che al tempo di Claudio la *revocatio in servitutem* era ammessa come conseguenza dell' *ingrati accusatio*. Ma ciò è da escludere perchè, come appare da TACITO e come abbiamo rilevato, tale pena dell' ingratitudine non esisteva al tempo di Nerone. Perciò noi dobbiamo ritenere che qui, data la gravità del caso, noi siamo davanti ad una misura eccezionale (così anche il Gòtofredo) presa dal principe, misura la quale ricorda quella di Nerva, il quale punì colla morte (DIO. CASS. LXVIII, 13) quei libertini che sotto Domiziano si erano fatti delatori dei loro patroni (2).

b) Maggior interesse presenta forse una costituzione di COMMODO (3), riferita in D. 25, 3, 6 § 1 MOD. *lib. sing. de man.*

Imperatoris Commodi constitutio talis profertur : « Cum probatum sit contumeliis patronos a libertis esse violatos vel illata manu (vi *ins.* MOMMSEN) atroci esse pulsatos aut etiam

---

(1) *l. c.* V, p. 61.

(2) Si potrebbe anche pensare che il liberto avesse acquistata la libertà con una manomissime non solenne ; ma non è ipotesi necessaria per l'interpretazione corretta del testo. Sul divieto di delazione del patrono v. D. 37, 14, 5 ; D. 49, 14, 2 § 6 : Paul. Sent. V, 13, 16 : eccezione per il *crimen maiestatis* D. 48, 4, 7 § 2.

(3) Non hanno rilievo per il problema nostro le disposizioni di Vitellio (TAC. *Hist.* 2, 92 i. f.) e di Traiano (Martial. 10, 34), nè la sentenza di Adriano riferita da Dositeo, Sent. Hadr. 3 :

Δί' ἐπιστολιδίου αἰτοῦντός τινος ἵνα τὸν ἰδίον ἀπελεύθερον ἀπολέσῃ ὃν πρό χρόνου κελεύσει τοῦ ἐπάρχου γαζοφυλακίου κατὰ νόμον αἴλιον σέντίον εἰς λιθοτομίας βέβληκε καὶ νῦν τὴν ἐπίδοσιν, αἰτοῦντι Ἀδριανὸς εἶπεν "τί ζητεῖς, ἄνδρωπον ἀπολέσαι καὶ τὴν ἐπίδοσιν ἀφαιρείσθαι ἀφ' οὗ ἤδη ἐξεδικήθης ; ἀναιδὴς εἶ.

Petente quodam per libellum ut suum libertum perderet, quem antea decreto praefecti aerarii secundum legem Aeliam Sentiam in lautumias miserat et modo congiarium eius peteret, Hadrianus respondit : « Quid quaeris hominem perdere eique congiarium auferre cum iam iudicatus sis? improbus es ».

Di Adriano negli *Script. hist. Aug.*, Hadr. c. 18 si dice poi che avrebbe soppresso *ergastula servorum et libertorum*. Ma, qualunque sia il valore della notizia, anch' essa non riguarda il punto che sto esaminando.

paupertate vel corporis valetudine laborantes relictos primum eos in potestate patronorum redigi et ministerium dominis praebere (1) cogi ; sin autem nec hoc modo admoneantur (2) (3) vel a praeside emptori addicentur et pretium patronis tribuetur.

In caso di gravi offese ai doveri dell' *obsequium*, Commodo dispone dunque che i liberti vengano rimessi al patrono e gli prestino la loro opera : che se questa misura non è sufficiente a correggerli, può dal magistrato esserne ordinata la vendita il cui prezzo sarà attribuito al patrono (4). Ora è evidente che se la prima di queste misure fosse veramente una *revocatio in servitutem*, la seconda ordinata dall' imperatore sarebbe veramente un non senso : perchè una volta ridotto nuovamente schiavo, l'ex-liberto, anche senza l'intervento del magistrato, avrebbe potuto essere venduto dall' ex-patrono ridiventato *dominus*. Se quindi si ritiene genuina l'ultima parte *sin autem — tribuetur*, si deve ammettere che la rimessa del liberto al patrono e la costrizione ai *ministeria* alla quale viene condannate non importino riduzione in ischiavitù, ma solo una dura soggezione di fatto : è questa del resto l'opinione del Gotofredo.

Ma non è nemmeno infondato il dubbio che la seconda parte del testo non ci sia pervenuta nella sua forma originaria. Il *sin autem*, che pure qui l'Albertario (5) ritiene genuino, l'*hoc modo*, l'*admoneantur* (6) possono essere indizii e non lievi di corruzione.

---

(1) *In ergastulis* ins. GOTHOFR. *ad c.* 1 C. Th. 2, 22.

(2) « Mala versio » secondo il JENSIUS, *Strict. ad Pand.* p. 179.

(3) Prima di *vel a praeside* lo SCHULTING inserisce *a praetore*, il MOMMSEN invece *a consule*. A me par certo, dato quanto sappiamo della competenza in materia che vi dovrebbe stare tutt' al più, se il passo è genuino, *a praefecto urbi*.

(4) BUCKLAND, *l. c.*, p. 424. Contro l'interpretazione forzata del CUIACIO. 10, 23, v. SUERIN in OTTO, *Thes.* IV, col. 9.

(5) *Contributi alla critica del Digesto*, p. 44.

(6) Il termine *admonitio* è già stato sospettato.

Ma non possiamo dire se si tratti di alterazioni formali o sostanziali. Si è detto da chi ritiene tutto genuino (1) che Commodo avrebbe qui imitato un rimedio Ateniese, quello della vendita compiuta da parte dello stato del liberto ingrato : ma la pretesa esistenza di questo istituto in Atene deriva solo da una confusione colla γραφή ἀποστασίου (2). Piuttosto essa potrebbe essere stata ordinata da Commodo, nella previsione della reciproca difficoltà di posizione nella quale si sarebbero trovati sia il patrono sia il liberto dopo la riconsegna di questo all' ex-domino.

Ma ciò che importa invece tener presente è che anche qui come nel caso che richiamò l'attenzione di Claudio noi siamo certo di fronte ad un intervento straordinario dell' imperatore in una ipotesi speciale. Che ció risponda alla verità mi pare risulti evidente dal fatto che Ulpiano, trattando della competenza in questa materia del *praefectus urbi* (D. 1, 12, 1 § 10) e dei *praesides* delle provincie (D. 37, 14, 1), ed elencando le pene che questi possono infliggere ai liberti per le mancanze contro il patrono, parla bensì di castighi, di fustigazione, di *exilium*, di condanna *in metallum* (questo dopo la concessione di Severo, D. 48, 19, 8 § 5) per i casi più gravi (3), ma non accenna nè a riduzione in schiavitù del patrono nè alla vendita. Se la misura contenuta nella costituziona di Commodo fosse diventata norma generale, come mai Ulpiano, in due testi, l'avrebbe dimenticata?

c) Si dice ancora che la *revocatio in servitutem* è presupposta in una costituzione di Severo e Caracalla (4).

C. 6, 3, 2 Sev. et Ant. Eutycheto a. 205.

---

(1) Leist, *l. c.* V, p. 231 ; IV, p. 321 ; cfr. p. 267, n. 85.

(2) Meier-Schömann — Lipsius, *Das Attische Recht u. Rechtsverfahren*, p. 625.

(3) Questa, naturalmente, produceva la *servitus poenae* quando fosse perpetua : v. Buckland, *l. c.*, p. 403 ss. Ma la *servitus poenae* è precisamente l'antitesi della *revocatio in servitutem* rispetto al patrono.

(4) Così e. Buckland, *l. c.*, p. 424.

Manumissionis causa traditus neque in servitutem deduci a manumissore potest, neque impositas operas praestare cogitur.

Il ragionamento di chi deduce l'esistenza della *revocatio* è il seguente : se il *manumissionis causa traditus* non può essere revocato in servitù dal manomettente e se l'imperatore sente la necessità di affermare il principio, è segno che per gli altri casi la *revocatio* esiste. Il ragionamento però è temerario ; prima perchè attraverso il testo della nostra costituzione, testo senza dubbio abbreviato, non ci è possibile ristabilire con precisione la *quaestio facti* che l' ha provocata; in secondo luogo perchè è arbitrario, dalla negazione della *revocatio in servitutem* rispetto al *manumissionis c. traditus*, dedurre l'esistenza nelle altre ipotesi, quando, al contrario, ULPIANO, in opere scritte dopo la morte di SEVERO, la ignora.

d) D. 40, 9, 30 § 4 Ulp. lib. 4 *ad leg. Ael. Sent.*

Quotiens autem patroni libertum volunt accusare, utrum omnium consensus necessarius sit, an vero et unus possit, videamus. et est verius, si saltem in unum hoc commiserit, eum ut ingratum accusari sed omnium consensum necessarium [*ut in servitutem redigatur* Vulg.] si sint eiusdem gradus.

L'*ut-redigatur* è soppresso ormai da tutti gli editori come glossema della Vulgata : così il KRÜGER, collo SCHULTING, e il CUIACIO, il quale (1) osserva che la glossa fu aggiunta per accordare il testo con C. 6, 7, 1 e D. 29, 5, 7 (?).

e) D. 4, 2, 21 pr. PAUL. 11 *ad Ed.*

Si mulier contra patronum suum ingrata facta sciens se ingratam, *cum de suo statu periclitabatur*, aliquid patrono dederit vel promiserit, *ne in servitutem redigatur*, cessat edictum quia hunc sibi metum ipsa intulit.

Però già il CUIACIO (2) osservava che il passo non dimostra

---

(1) *Obs.* 21, 6.

(2) *Obs.* 10, 33 : contro il Cuiacio v. GOTHOFR, *ad c.* 1 C. Th. 2, 22 ; PAGANIN. GAUD. in *Thes.* OTTO. III, 352 : SUERIN in OTTO, IV, 9.

affatto l'esistenza della *revocatio in servitutem*, che anzi «ex contrario lex potius probat, ingratam libertam in servitutem nec iure nec facile revocari, ac proinde nullum subesse servitutis metum». Ma nemmeno è da trascurare nell' interpretazione del passo l'inciso *cum de suo statu periclitabatur*, il quale fa pensare che, oltre l'ingratitudine della quale la liberta aveva coscienza, esistesse pure un'incertezza anche sul suo *status*, o perchè la manomissione non fosse stata valida o perchè fosse caduta sotto le sanzioni del senatoconsulto Claudiano o per altro motivo. Aggiungasi che il caso potrebbe riferirsi a condizioni provinciali (1), dove, come vedremo, sanzione frequente dell' ingratitudine era la revoca in schiavitù. Il passo non offre quindi nessuna solida base per la tesi del LEIST.

f) C. 6, 3, 12 DIOCL. et MAX. *Veneriae* (a. 293).

Qui manumittuntur, liberum, ubi voluerint, commorandi arbitrium habent, nec a patronorum filiis quibus solam reverentiam debent ad serviendi necessitatem redigi possunt [nisi ingrati probentur] cum neque cum patrono habitare libertos iura compellunt.

Diocleziano reagisce, come osserva il TAUBENSCHLAG (2), contro la pretesa dei patroni alla παραμονή del liberto, istituto greco-orientale del quale tratteremo più innanzi. Ma l'inciso *nisi ingrati probentur*, già sospettato dal BUCKLAND (3), è senza dubbio interpolato, come dimostra il contrasto fra il principio che esso vorrebbe affermare e il contenuto delle altre costituzioni di DIOCLEZIANO che già abbiamo citate (C. 7, 16, 23 ; 26 ; 30 ; 33).

g) Non può certo servire a dimostrare l'esistenza nel periodo classico della *revocatio in servitutem*, Inst. I. 22 § 1 :

Item finitur tutela si adrogati sint adhuc impuberes vel

(1) Il commento di Paolo ad Ed. è stato scritto al più tardi sotto Severo, KRÜGER, *Quellen*[2], p.231.

(2) *l. c.* p. 227.

(3) *l. c.* p. 424, n. 4.

deportati : item si in servitutem pupillus redigatur vel ab hostibus fuerit captus.

Ora il codice Torinese delle Istituzioni dopo *redigatur* e il codice Bambergense dopo *servitutem* inseriscono *ut ingratus a patrono* ; e la stessa aggiunta si legge nella Parafrasi greca, I, 22 § 1:... ἀχάριστοι τυχὸν ὀφθέντες περὶ τοὺς οἰκείους πάτρονας. — Ma che l'inciso non sia classico appare evidente da un confronto con D. 26, 1, 14 pr. § 1, ULP. 37 *ad Sabin.*, che coincide esattamente col passo delle Istituzioni. Anzi appunto questa glossa insieme coll' interpolazione della c. 12 C. 6, 3, ci rivela il nuovo principio giustinianeo.

È dunque legittimo concludere che la *revocatio in servitutem* del liberto non è istituto del diritto classico che sia normalmente connesso coll' *ingrati accusatio* (1) : essa è stata solo ammessa eccezionalmente da imperatori come Claudio, e forse Commodo quale misura penale straordinaria, in seguito all'intervento del principe in casi di particolare gravità, allo stesso modo che NERVA (DIO. CASS. LXVIII, 13) punì colla morte i liberti delatori dei loro patroni a Domiziano.

5. Altrettanto sicuro è invece che nei diritti greci e quindi in quelli degli stati ellenistici la *revocatio in servitutem* era misura normale contro il liberto ingrato. Ricordo solamente alcuni dei dati più interessanti.

a) Harpokration v. ἀποστασίου. δίκη τίς ἐστι κατὰ τῶν ἀπελευθερωθέντων δεδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν, ἐὰν ἀφιστῶνταί τε ἀπ' αὐτῶν ἢ ἕτερον ἐπιγράφωνται ἐπιστάτην καὶ ἃ κελέουσιν οἱ νόμοι μὴ ποιῶσιν. καὶ τοὺς μὲν ἁλόντας δεῖ δούλους εἶναι, τοὺς δὲ νικήσαντας τελέως ἤδη ἐλευθέρους. πολλάκις δ'ἐστὶ παρὰ τοῖς ῥήτορσι, παρὰ τῷ Λυσίᾳ ἐν τῷ πρὸς Ἀριστόδημον καὶ Ὑπερείδῃ ἐν τῷ κατὰ Δημητρίας ἀποστασίου. (2)

---

(1) La l. 98 § 8 D. 46, 3 non allude certo alla perdita della libertà per ingratitudine là dove parla di *lege aliqua*. Celso pensava ad alcune delle note cause civili di servitù, sulle quali v. BUCKLAND, *l. c.* 401 ss.

(2) Per altre fonti v. MEIER, SCHÖMANN, LIPSIUS, *l. c.*, p. 621, n. 5. Sul Fragm. Dos. 12 v. gli autori citati più indietro.

Il liberto soccombente nella δίκη ἀποστασίου ricadeva quindi in schiavitù e pare che questa fosse la conseguenza normale di tutte le mancanze ai doveri imposti al liberto dalle leggi (1).

b) Val. Max. 2, 6, 6-7. Age, quid illud institutum Athenarum, quam memorabile, quod convictus a patrono libertus ingratus iure libertatis exuitur. Supersedeo te, inquit, habere civem tanti muneris impium aestimatorem nec adduci possum ut credam urbi utilem quem domui scelestum cerno. abi igitur et esto servus, quoniam liber esse nescisti. 7. Idem Massilienses quoque ad hoc tempus usurpant, disciplinae gravitate, prisci moris observantia, caritate populi Romani praecipue conspicui. qui tres in eodem manumissiones rescindere permittunt, si ter ab eodem deceptum dominum cognoverunt. quarto errori subveniendum non putant, quia sua iam culpa iniuriam accepit, qui ei se totiens subiecit (cfr. a. Val. Max. 5, 3, 3).

Questo testo congiunto col precedente ci rivela che presso tutte la stirpi greche, anche presso i Massalioti, conseguenza ordinaria dell' ingratitudine del liberto era la riduzione in schiavitù (2).

c) Tale tendenza greca a revocare la libertà (C. 7, 16, 26 ; 33) sia per opere non prestate (C. 7, 16, 30), sia perchè il manomesso non adempie all' obbligo della παραμονά (C. 6, 3, 12) è quella che appare nelle costituzioni di Diocleziano, il quale reagisce con costanza e tenacia (3) ; ed è quella che, invece,

---

(1) Sull' ordinamento greco v. Meier, Schömann, Lipsius, *l. c.*, p. 620 ss.; Calderini, *La manomissione e la condiz. dei liberti in Grecia*, 1908, p. 332 ss.

(2) Forse de questi principii deriva la cura colla quale nei papiri si accenna alla non revocabilità della manomissione ; *P. Elef.* 3 e 4, lin. 3 ss. : v. Partsch *Bürgschaftsr.*, p. 351, n. 5 ; *Archiv*, V, p. 469, n. 1 ; *P. Freib.* 10, lin. 7-9, Meyer, *Iur. Pap.* p. 16-17 ; *P. Proc. Soc. of Bibl. Arch.* XXVI, p. 145, lin. 23, Meyer, *l. c.*, p. 19 ; *B. G. U.* 96, lin. 18 ss ; *P. Oxy.* IV, 706, Mitteis, *Chrest.* n. 81, lin. 4.

(3) Su questo punto non è più necessario insistere dopo i rilievi del Mitteis, *Reichsrecht*, p. 393, e del Taubenschlag, *l. c.*, p. 227. Sulla παραμονά v. poi Calderini, *l. c.*, p. 278 ss. e soprattutto per la configurazione della παραμονά

allontanatosi dal trono l'ultimo difensore della romanità, si afferma dopo di lui nella legislazione.

6. In questa materia infatti non meno che in numerose altre, la legislazione costantiniana, che soggiace alle influenze greco-orientali, si presenta in deciso contrasto con quella di DIOCLEZIANO. Su questa antitesi mi preme di richiamare l'attenzione, anche perchè, a quanto mi consta, essa non è ancora stata posta nella luce che merita. Si vedano i testi seguenti :

C. 6, 7, 2 CONSTANT. AD MAX. p. u. (a. 326).

Si manumissus ingratus circa patronum suum extiterit et quadam iactantia vel contumacia cervices adversus eum erexerit aut levis offensae contraxerit culpam, a patronis rursus sub imperia dicionemque mittatur, si in iudicio vel apud pedaneos iudices patroni querella exserta ingratum eum ostendat ; filiis etiam qui postea nati fuerint servituris, quoniam illis delicta parentium non nocent, quos tunc ortos esse constiterit, dum libertate illi potirentur. § 1. Sane si is, qui in nostro consilio vindicta liberatus est post coercitionem ex poenitentia dignum se praestiterit, ut ei civitas Romana reddatur, non prius fruetur beneficio libertatis, quam si hoc patronus oblatis precibus impetraverit.

Cfr. C. Th. 4, 10, 1, CONSTANT. *ad. conc. Byzac.* (332? Jul. 27).

Libertis ingratis in tantum iura adversa sunt, ut si quadam iactantia vel contumacia cervices erexerint aut levis offensae contraxerint culpam, a patronis rursus sub imperia dicionemque mittantur.

Interpretatio. Quaecumque persona servilis a domino suo fuerit consecuta libertatem, si postea superbire coeperit aut

---

quale condizione risolutiva o sospensiva della manomissione PARTSCH, *Z.S.S.* 28. 1907, p. 428 ss. Si noterà come presso i Greci, date le restrizioni poste alla libertà d'azione del manomesso, la condizione di questo non fosse, a differenza di quanto avveniva in Roma già nei primi secoli dell'impero, molto superiore a quella dello schiavo.

patronum, id est manumissorem suum, laeserit, amissa libertate quam meruit, in servitio merito revocatur (1).

La *revocatio in servitutem* può quindi essere applicata ormai anche in caso di *levis offensa*. Questi principii Costantiniani, che corrispondevano alle tendenze ellenistiche, estesi a favore degli eredi del patrono, si ritrovano nel Codice Teodosiano anche in costituzioni molto più tarde.

C. Th. 4, 10, 2 Impp. Honorius et Theodosius AA consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui suo salutem dicunt. Post alia : Liberti non modo adversus patronos non audiantur, verum etiam eandem quam patronis ipsis reverentiam praestent *heredibus patronorum*, quibus ingrati actio sic ut ipsis manumissoribus deferetur, si illi datae sibi libertatis immemores nequitiam receperint servilis ingenii. Quod si delatores accusatoresve manumissorum heredumve esse praesumpserint, eodem quo servi supplicio tenebuntur, luituri poenas ante adhibitae delationis exordium et cetera. (6 agosto 423).

Interpretatio. Libertos non solum contra patronos sed et contra patroni audiendos heredes non esse : ingratos enim ab heredibus in servitutem revocari : delatores etiam contra patronorum heredes antequam audiantur puniendos (2)

La costituzione è stata spezzata e solo frammentariamente riprodotta nel Codice Giustinianeo senza una precisa indicazione della *revocatio*, la quale del resto era sancita nella c. 2 C. 6, 7.

C. 6, 7, 3 Impp. Honor. et Theod. AA. ad Senat. (423).

---

(1) È interessante ricordare che la *Lex Burg. Germ.* 40 vieta invece la *revocatio*. Ora poichè i Burgundi i convertirono al cristianesimo nel 416, tale atteggiamento potrebbe derivare da influenze cristiane che, come vedremo, si sono fatte sentire anche sul tardo diritto romano. Ma non è improbabile che l'origine della diversità stia in concezioni germaniche.

(2) Anche in questo caso, naturalmente, la *Lex Burg. Germ.*, 40, 2 non ammette la revocazione in ischiavitù e stabilisce che il liberto debba essere punito *non aliter quam ingenuum*.

Liberti non modo adversus patronos non audientur, verum etiam eandem quam patronis ipsis reverentiam praestent heredibus patronorum, quibus ingrati actio sicut ipsis manumissoribus deferetur, si illi datae sibi libertatis immemores nequitiam receperint servilis ingenii.

C. 9, 1, 21 Impp. HON. et THEOD. AA. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem dicunt. Liberti si accusatores manumissorum heredumve esse praesumpserint, eodem quo servi supplicio tenebuntur, luituri poenas ante prohibitae delationis exordium (423). (1).

Aggiungasi ancora la c. 3 C. Th. 4, 10, dove si stabilisce che i discendenti del manomesso anche se *militantes* possono essere ridotti, se ingrati, in servitù.

Impp. THEODOS. et VALENTIN. AA. Basso p.p. (10 marzo 426).

Post alia : Libertinae condicionis homines numquam ad honores vel palatinam adspirare militiam permittimus. Sane hanc distinctionem volumus custodiri, ut ex manu missis nati ad locum usque proximum protectoris licitum nullatenus adire mercantur ita, ut patronis patronorumve heredibus reverentiae privilegia conserventur. Nam si militantes etiam docebuntur ingrati ad servitutis noxam procul dubio reducentur. Ipsos vero qui manumissi sunt nulla ratione ad ullum quamvis humilis militiae locum sinimus admitti (2).

C. 6, 7, 4. Libertinae condicionis homines vel eorum filii si militantes docebuntur ingrati ad servitutis nexum procul dubio revocentur. (3).

---

(1) La delazione era ammessa solo in caso di *crimen maiestatis* : cfr C. Th. 9, 6, 3 = C. Iust. 9, 1, 20 (a. 397) : C. Th. 9, 6, 4 = C. Iust. 4, 20, 12 (del 6 agosto 423) : è certamente parte della c. 2 C. Th. 4, 10.

(2) L'*Interpretatio* : « Libertos ad nullos honores militiamque adspirare : eorum filios ingenuos usque ad protectoris locum posse conscendere ; etiam militantes ingratos in servitutem revocari » non riproduce esattamente il pensiero della costituzione : tra l'altro non è inteso il significato di *locum usque proximum*, che indica il grado immediatamente inferiore a quello del patrono.

(3) Giustiniano riunisce i manomessi e i loro discendenti, perché egli aveva ammesso anche il manomesso alla milizia.

Del resto che verso la fine del secolo IV l'istituto della *revocatio* fosse in pieno vigore risulta anche da un passo di S. Ambrogio, *De Jacob. et vita beata* c. 3 i. f. (scritto dopo il 388):

Ita libertatem accepisti ut meminisse manumissoris tui debeas, ut patrono tuo noveris legitimum obsequium deferendum ne ab ingrato revocetur libertas.

E già verso il 350 Elio Donato commentando Terenzio (1) scriveva:

An secundum ius ...loquitur quod adversus libertos ingratos est ut in servitutem revocentur?

L'istituto ellenistico della *revocatio in servitutem* del liberto ingrato aveva così ottenuto per opera di Costantino e dei suoi successori pieno riconoscimento anche nella legislazione romana.

7. Ma la situazione, almeno in parte, muta verso la metà del secolo V, senza dubbio sotto l'azione di influenze cristiane. Si veda la Nov. 25 § 1 di Valentiniano diretta il 3 giugno 447 da Roma al p.p. per l'Italia, Albino.

Huius ergo statuti vigorem benignius corrigentes mansura iugiter lege decernimus, ut si quis ex familia sua cuiuslibet sexus homines libertate donaverit, eius heredes sive extranei sive filii seu filiae seu nepotes neptesque fuerint vel propinqui cuiuscumque cognationis et nominis manumissos non teneant ad obsequiorum necessitatem nullamque contra ingratos habeant actionem, sed quod minime remur, si contumeliam fortasse pertulerint, ad cohercendos iniuriarum reos utantur iure communi. Nemo sibi nostrae legis obstaculo credat perire vindictam: late adversus noxios severitas patet. Hoc unum genus ultionis nostro saeculo venturisque temporibus *nulli prorsus sperare permittimus ut in ius vocati postulet servitutem*. Iustitiam praesentis edicti si bene sentiant famae

(1) *In Andr.*, 1, 1, 13, ed. Wessner, Teubner, 1902-1905 cfr. Euagr. ibid. apud Donat, 3, 9.

praestamus heredum, ne videantur non agere causam doloris sed exercere potius cupiditatis ardorem.

Il motivo della riforma è espresso nel principio, ed è quello di evitare l'oppressione dei liberti da parte degli eredi del patrono. « ...duras credimus sanctiones quae sic opprimunt sub ingrati actione libertos, ut ab heredibus defunctorum praecipiant in servitutem vocari, tamquam contra iniuriarum vel superbiae reos nulla nisi abrogandae libertatis poena sufficiat ». E così l'imperatore non ammette più la *revocatio in servitutem* a favore degli eredi del patrono, e, proseguendo, riforma pure tutta la materia relativa alla successione dei liberti. Ma le innovazioni non riguardano però la persona del patrono :

§ 8. Ipsis vero manumissoribus nihil penitus deregamus, quibus ius patronatus integrum semper manebit salvumque durabit quidquid vel prisci iuris auctoritas vel superiorum principum sanctiones contra ingratos detulere libertos.

La riforma di VALENTINIANO non è dunque completa, pure essa rappresenta certo una riduzione dei diritti di patronato ed un miglioramento della condizione del liberto.

Ora io non esito ad affermare che la tendenza alla quale l'imperatore si ispira è una tendenza cristiana sviluppatasi in Occidente, dove essa non trovava radicato nella tradizione il principio della revoca in servitù sviluppatosi nell' Oriente ellenistico. È ben noto quanto la vita dell' Impero si intrecciasse con quella della Chiesa in quel periodo che corre dal concilio di Efeso (431) a quello di Calcedonia (451) (1). È quello il periodo in cui la cattedra di San Pietro è occupata da LEONE MAGNO (440-461), non grande teologo ma politico di prim' ordine (2), da colui che fu il difensore di Roma contro

(1) DUCHESNE, *Storia della Chiesa antica* (trad. it.) III, c. XIV-XV ;, HEFELE, *Hist. des Conciles* (trad. franc. con note di Dom Leclercq), II, 1 p. 219 ss.

(2) KORNEMANN in GERCKE e NORDEN, *Einleitung*, III^2, p. 241.

Attila e Genserico (1) e che più di tutti i suoi predecessori affermò il prestigio del Papato. Era cioè un momento in cui la Chiesa rivelava una vitalità ed energia infinitamente superiori a quelle dell' Impero, che resisteva solo per virtù di qualche abile comandante militare come Ezio. E il debole Valentiniano III non era uomo da potersi sottrarre all' influsso di una personalità quale Leone Magno (2).

Ebbene, nella Chiesa occidentale si era venuta nettamente affermando una tendenza contraria alla revoca delle manomissioni.

Il concilio di Orange dell' anno 441 — quindi di poco anteriore alla Novella di VALENTINIANO — aveva al suo can. 7 stabilito (3):

In ecclesia manumissos vel per testamentum Ecclesiae commendatos si quis in servitutem vel obsequium vel colonariam conditionem imprimere tentaverit, animadversione ecclesiastica coerceatur.

E quella compilazione privata (4) che viene considerata come l'insieme dei canoni di un secondo concilio di Arles tenuto nel 443 o nel 452 riproduce analoghe disposizioni, ai can. 33 e 34, circa i manomessi *in ecclesia* e *per testamentum* (5). Che poi tale tradizione fosse viva nella Chiesa, è dimostrato dalla persistenza di essa anche in epoca più tarda: il concilio Aurelianense del 549 al can. 8 (6) ribadisce il principio che la

---

(1) PROSP. AQUIT. *Chron.* ad a. 451 et 452.

(2) Cfr. *Epist. Leon.* XVI; CLVI, 2. V. in *Patrol. Lat.* LIV-LVI, i suoi scritti. DE LABRIOLLE, *Hist. de la littérat. lat. chrét.*, p. 579 e 592. Su Leone Magno v. BONWETSCH, *R. E. für prot. Theol.* 11, 367 ss.; IORDAN, *Gesch. d. Altchristl. Litterat.*, p. 51; sulla posizione religiosa di Valentiniano v. SCHULTZE, in *R. E. für prot. Theol.* 20, 395; e in HAENEL, *Corpus leg.*, p. 241, ss., Ind. 72 ss. i materiali relativi all' attività legislativa dell'imperatore anche nel campo religioso.

(3) V. MANSI, *Concilia* ed. 1761, VI, col. 435: HEFELE, *l. c.*, II, 1, p. 430. ss: v. a. MAASSEN, *Gesch. d. Quellen u. Litter. des Can. Rechts*, I, p. 951

(4) V. la nota di DOM LECLERCQ in HEFELE, *l. c.*, II, 1, p. 461 n. 1.

(5) MANSI, *l. c.*, VII, col. 875.

(6) MANSI, *l. c.*, IX, col. 127 ss.; HEFELE, *l. c.*, III, 1, p. 157 ss.

Chiesa debba difendere la libertà dei manomessi *in ecclesia* (1); il concilio di Toledo del 589 al can. 6 (2) stabilisce che debba essere tutelata la posizione di tutti i manomessi raccomandati alla Chiesa.

A questa tendenza si ispira VALENTINIANO nella sua Novella che, si noti bene, è data da Roma. Tuttavia egli non ha creduto di poter rompere contro tutta la tradizione della legislazione Costantiniana e postcostantiniana ed ha lasciato intatti i diritti del *manumissor*. Ma se si pensa che la maggior parte delle manomissioni, in quel tempo, dovevano avvenire per testamento — e qui il *manumissor* non poteva più venire in questione — o *in ecclesia* — e in tal caso una certa tutela era esercitata dalla Chiesa che si poteva valere delle sanzioni religiose —, si vedrà che la Novella aveva praticamente una portata più ampia di quanto a tutta prima non appaia.

8. Pure quella tendenza della Chiesa non riuscì ad affermarsi che in Occidente. In Oriente dove le tendenze ellenistiche erano favorevoli ad una larga applicazione della *revocatio in servitutem*, la legislazione rimase fedele ai principii consacrati nel Codice Teodosiano. E nella compilazione giustinianea, che è tutta pervasa da concezioni greco-orientali, mentre sono state accolte le cc. 1, 2, 3 C. Th. 4, 10 (= C. 6, 7, 2, che è veramente tutt' uno colla c. 1 C. Th. 4, 10 : C. 6, 7, 3 ; C. 6, 7, 4), la Novella di VALENTINIANO non è stata ricevuta.

Vero è che nel codice Giustinianeo sono riportate pure le costituzioni Diocleziane che negano la *revocatio* ; ma, a parte la considerazione che la compilazione non ha solamente scopo pratico, è probabile che ad esse si desse dai compilatori un

(1) Cfr. LOENING, *Gesch. d. deutsch. Kirchenrechts*, II, p. 232. Che la protezione della Chiesa non fosse sempre disinteressata appare del *Conc. Parisinum* a. 557, can. 9 (HEFELE, *l. c.* III, 1, p. 171 ss.).

(2) MANSI, *l. c.* IX, col. 977 ss. : HEFELE, *l. c.* III, 1, 222. Il canone è passato nel Corp. I. Can. C. XII, 9, II, c. 63. La Chiesa ammetteva però la revoca della manomissione se compiuta da chi non aveva facoltà : *Conc. Hispal.* c. 1 (a. 590) : MANSI, *l. c.* IX, col. 449 ss. : HEFELE, *l. c.* III, 1, 234.

valore diverso da quello originario considerando le decisioni dell' imperatore come dovute alla lievità delle mancanze per le quali si pretendeva la revoca in servitù.

Ma che Giustiniano sia favorevole al rimedio della *revocatio in servitutem* appare ancora nella sua Nov. 78 c. 2 pr. (a. 539) la quale si presenta pure come una serie di riforme favorevoli ai liberti.

... καὶ μὴν καὶ ἀπεχέσθωσαν ἢ χειρῶν ἢ ἐπιβουλῆς ἢ τῶν ἄλλων, ἐξ ὧνἀπελεύθεροι τοιοῦτό τι πράττοντες ἀναδούλωσιν κατὰ τοὺς περὶ τούτων γεγραμμένους ὑφίστανται νόμους καὶ ἀποκαθίστανται τῇ προτέρᾳ τύχῃ..... ἀλλ' εἴ τι τούτων νομίμοις ἀποδείξεσιν ἐλέγξειε παθὼν ὁ τὴν ἐλευθερίαν δοὺς ἢ καὶ οἱ τούτου παῖδες, μετὰ τοὺς εἰρημένους ἐλέγχους τὸν ἀπελεύθερον τῷ προτέρῳ δώσομεν σχήματι, τῆς μὲν τῶν ὀνομάτων περιεργασίας καὶ τῆς διὰ ταῦτα ζημίας ἅπαντας ἀπαλλάττοντες, τὸ δίκαιον δὲ πανταχοῦ καὶ ἴσον καὶ νομοθέτῃ πρέπον καὶ ἀρέσκον δεῷ τῷ τε ἀπελευθέρῳ τῷ τε πάλαι δεσπότῃ φυλάξαντες.

... iam vero abstineant vel a vi vel ab insidiis vel a reliquis propter quae liberti qui tale quid committunt secundum leges de his scriptas in servitutem revocantur et priori condicioni restituuntur... Verum si quid horum se perpessum esse legitimis probationibus evicerit is qui libertatem dedit vel etiam filii eius post dictas probationes libertum priori statui restituemus, quippe qui nominum quidem ambagibus atque damno inde oriundo omnes liberemus, utquequaque autem quod iustum et aequum est et legislatorem decet et deo placet tam liberto quam veteri domino servaverimus.

La *revocatio in servitutem* (cfr. a. c. 2 § 1 della stessa Novella) è dunque mantenuta da Giustiniano : la riforma e il miglioramento in confronto alle c. 2 e 3 C. Th. 4, 10 sta nell' aver ammesso ad esercitare quel diritto solamente i *filii* e nell' aver escluso tutti gli altri eredi (1). Ma in confronto a Valenti-

(1) È noto come appunto la differenza fra 3, 4 C. 6, 7 e la Novella avesse fatto sorgere la discussione fra Piacentino che voleva ammettere anche gli estranei e Accursio che riconosceva il diritto solo ai *filii*.

niano che concedeva quella facoltà solo al *manumissor*, la Novella di Giustiniano è nuovo indizio dell' affermarsi della tradizione ellenistica, la quale prevalse, in Oriente, anche sulle tendenze della Chiesa.

P. DE FRANCISCI.

PROKURATUR UND NEGOTIORUM GESTIO IM ROMISCHEN RECHT

PAR

B. FRESE

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LATVIE (RIGA).

PROKURATUR UND NEGOTIORUM GESTIO IM RÖMISCHEN RECHT.

Wenn ich es unternehme, über die Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht zu schreiben, so kann es hier nur in der Weise geschehen, dass ich die Ergebnisse meiner Forschungen in Kürze zusammenfasse. Eine ins Einzelne gehende Beweisführung und Interpretation der Quellenstellen zu geben, muss ich mir für eine spätere, gesonderte Darstellung vorbehalten. Da ich der bisher herrschenden Meinung eine eigene gegenüberstelle, konnte die Heranziehung von Literatur nur in bescheidenem Masse erfolgen.

I. — Die Prokuratur im klassischen römischen Recht.

Die älteren Bearbeiter der Prokuratur haben vorwiegend deren prozessuale Bedeutung im römischen Recht erörtert (1), — eine Monographie, welche die privatrechtliche Seite der Prokuratur im Ganzen zum Gegenstande gehabt hätte, gab es bisher nicht. Gerade diese mit dem Privatrechte verknüpften Fragen der Prokuratur werden entweder im weiteren Rahmen der Lehre von der Stellvertretung behandelt (2),

(1) Eisele, *Cognitur und Procuratur* (1881). Drewcke, *De cognitoribus et procuratoribus in rem alienam constitutis Gaii et Ulpiani temporibus*. Hal. Diss. 1857.

(2) Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht* (1885); Hellmann, *Stellvertretung* (1882); Hupka, *Vollmacht* (1900), *Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht* (1903); Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung* (1900, 1902), u. a.

oder es wird ein einzelner die Prokuratur betreffender Punkt herausgehoben und gesondert untersucht, wie z.B. der Besitzerwerb durch Dritte (1). Weder das eine noch das andere Verfahren ist im Grunde förderlich, da die Prokuratur als solche in beiden Fällen zu kurz kommt, indem ihre Besonderheiten zu wenig berücksichtigt werden, ohne deren Kenntnis sich kein klares Bild gewinnen lässt.

Bisher wurde, zum Teil im Anschluss an PERNICE (2), angenommen, dass der Prokurator ursprünglich Geschäftsführer seines abwesenden Herrn gewesen sei und dass dem einen wie dem andern aus ihrem gegenseitigen Rechtsverhältnis die actio negotiorum gestorum zugestanden habe. In der Folgezeit, sicher schon im klassischen Recht, sei sodann die Prokuratur vollständig den Regeln des Auftrags unterworfen worden und demgemäss an die Stelle der actio negotiorum gestorum die actio mandati getreten. Wie diese Evolution zustande gekommen sein soll, darauf wird nicht näher eingegangen.

Die herrschende Meinung begnügt sich aber nicht damit, für das klassische Recht dem Prokurator die Rolle eines *beauftragten Geschäftsführers* zuzuweisen, sondern will in ihm unter Umständen auch einen mit einem *Einzelauftrag* betrauten Mandatar erblicken. Sollte das richtig sein, so würden sich die Prokuratur und der Auftrag bereits im klassischen Recht unlöslich mit einander verknüpft haben und zwar mit der Massgabe, dass die Prokuratur General- oder Spezialauftrag notwendig voraussetzte (verus procurator), während das Vorkommen des Prokurators in der Bedeutung eines blossen Geschäftsführers *ohne* Auftrag nur im uneigentlichen Sinne ((falsus procurator) verstanden werden müsste.

Wenn — und ich bin überzeugt davon — die herrschende Meinung falsch ist, wo liegen ihre schwachen und angreifbaren Seiten? Ich meine doch wohl darin, dass der Auftrag und die

(1) SCHLOSSMANN, *Der Besitzerwerb durch Dritte* (1881).

(2) PERNICE, *Labeo*, I, 490 fg.

Vollmacht bisher garnicht oder nicht ausreichend von einander geschieden wurden, vor allem aber wurde völlig verkannt, dass das Wesen der Prokuratur in der Geschäftsführung liegt, und zwar nicht nur im Anfang ihrer Entwicklung, sondern auch im klassischen Recht. Wir dürfen uns der Erkenntnis nicht verschliessen, dass die Prokuratur des klassischen Rechts mit der *auf Vollmacht beruhenden Geschäftsführung* (1) steht und fällt.

Die Entstehungszeit der Prokuratur festzustellen ist uns leider nicht möglich. Es ist jedenfalls anzunehmen, dass sie im 6. Jahrhundert der Stadt den Römern bekannt war, denn Plautus und Terenz (2) erwähnen den Prokurator, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach. Wir können daraus den sicheren Schluss ziehen, dass das republikanische Privatrecht der Römer das Institut der Prokuratur bereits gekannt hat.

Auf welche Rechtsquelle die Prokuratur zurückzuführen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander. Ob ein republikanisches Gesetz, wie einige behaupten (3), die Prokuratur eingeführt habe, ist sehr fraglich und die dafür angeführten Gründe sind nichts weniger als überzeugend (4). Wenn sie

---

(1) Vgl. hierzu Sohm, *Institutionen*[17], 245.

(2) Plautus, *Trinum.* I, 71 ff. (76-77) : *Mihi commendavit virginem gnatam suam/Et rem suam omnem*). Vgl. Demelius, Plautin. Studien in *Ztschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 2, 198 : « Auch ein Generalmandat fehlt uns nicht in der Reihe Plautinischer Geschäfte. »

Terent., *Phorm.* II, 4, 10-12 : quod te absente hic filius egit, restitui in integrum aequomst et bonum... et id inpetrabis. Vgl. Costa, Il diritto privato uelle comedie di Terenzio, *Arch. giur.* 50 (1893), 407 f.

(3) Naber, *Mnemosyne* N. S. 17, 389 ; Voigt, *Röm. Rechtsgesch.* I, 283, Note 16 ; Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess*, 326.

(4) Wenn in einer lex Hostilia der Prokurator erwähnt gewesen sein soll, so will das an und für sich garnichts sagen, denn auch in der lex agraria (lin. 69) und der lex Iulia municipalis (lin. 42) begegnet uns der Prokurator, ohne dass wir zu sagen berechtigt wären, diese Gesetze hätten den Prokurator eingeführt. Und wenn es bei Cicero pro Caecina 20, 57 heisst « legitime procurator dicitur », so sollte man den Ausdruck legitime nicht pressen ; vgl. hierzu Mitteis, *Röm. Privatr.*, 37[21] u. 234[102].

aber der gesetzlichen Grundlage entbehrt, worauf wäre die Prokuratur dann zurückzuführen? Nach Wlassak (1) wäre sie ein Institut des Zivilrechts und noch älter als die Kognitur, welche erst im Fremdenprozess aufgekommen sei. Gegen diese Ansicht spricht aber der Bericht des Auctor ad Herennium II, 13 :

ut maior annis LX et cui morbus causa sit cognitorem det,

wonach in gewissen Fällen der Satz « nemo alieno nomine lege agere potest » durchbrochen wurde durch die Zulassung eines Kognitors auf Seiten des Beklagten, wenn dieser durch Alter oder Krankheit am Erscheinen vor Gericht verhindert war. Da nun das Legisaktionenverfahren im wesentlichen auf dem Gesetze beruht, so hat die Kognitur, wenigstens in dieser Anwendung, nichts mit dem Fremdenrecht oder -Prozess zu tun. Eisele (2) betont somit nicht ohne Grund den zivilen Charakter der Kognitur und hält die Prokuratur für das jüngere Institut.

Es liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, die Frage nach dem Ursprunge der Kognitur eingehend zu behandeln, aber ich möchte doch ein wenn auch indirektes Argument gegen die Auffassung Wlassak's anführen. In den Frag. Vat. lesen wir (3), und zwar in einem « de cognitoribus et procuratoribus » überschriebenen Titel, dass die Frau einen Prokurator bestellen dürfe ohne Mitwirkung ihres Geschlechtsvormunds. Liegt hierin nicht ein argumentum a contrario dafür, dass die Frau einen *cognitor* nur tutore auctore bestellen könne (4)? Wenn ja, so müssen wir der Kognitur einen zivilen Charakter zusprechen, denn Ulpian sagt in seinem liber singularis regularum (5), die Frau

(1) Wlassak, *Zur Geschichte der Cognitur* (1893) ; Wlassak, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, 150 ff.

(2) Eisele, *Cognitur und Procuratur*, 14 ff.

(3) Frag. Vat. 326 u. 327.

(4) Vgl. dazu auch fr. 18 D. 26, 8.

(5) Ulp. reg. 27.

bedürfe der Mitwirkung ihres Geschlechtsvormundes bei Vornahme eines *negotium civile*. Wenn man ausserdem berücksichtigt, dass die Kognitur zuweilen neben die legisactio (1) oder die Delegation mit dem zivilen iussus (2) gestellt wird, so spricht das doch auch eher *für* den zivilen Charakter der Kognitur als dagegen.

In fr. 77 D. 50,17, wo PAPINIAN von den bedingungs*feindlichen* Geschäften spricht, « actus legitimi qui condicionem vel diem non recipiunt », figuriert u.a. auch die tutoris datio. Diese kann von PAPINIAN hier nicht genannt worden sein, da sie, wie fr. 8 § 2 D. 26,2 dartut, eine Bedingung zulässt (3). Ich vermute, dass PAPINIAN von der cognitoris datio gesprochen hat, denn sie lässt bekanntlich *keine* Bedingung zu (4). Dann aber gehört die cognitoris datio zu den actus legitimi, wie die bedingungsfeindlichen Geschäfte im Anfang dieser Stelle zusammenfassend bezeichnet werden, und der zivile Charakter der Kognitur wäre damit erwiesen.

Der Kognitor hat also seinen Ursprung höchst wahrscheinlich im Zivilrecht (5). Er ist Sachwalter und zwar wohl gewerbsmässiger, der viele domini haben kann. Die Kognitur hängt, was das Innenverhältnis zwischen der Partei und ihrem Sachwalter anlangt, mit dem Auftrag zusammen. Nach aussen hin ist sie zugleich eine in feierlicher Form gegebene Prozessvollmacht (6).

---

(1) Frag. Vat. 318

(2) Frag. Vat. 260 ; fr. 18 D. 26, 8.

(3) Vgl. fr. 8 §§ 1. 3 fr. 11 pr. D. 26, 2.

(4) Arg. Frag. Vat. 329 (PAPINIAN) : Sub condicione cognitor non recte datur... Im Widerspruch damit steht fr. 3 D. 3, 3, das ursprünglich wohl anders gelautet haben mag.

(5) Dafür spricht, abgesehen von der feierlichen Bestellungsform, wenigstens indirekt auch der Umstand, dass der Kognitor mit vielen anderen zivilen Instituten im spätklassischen resp. justinianischen Recht verschwunden ist, während die auf prätorisches Recht oder Provinzialrecht zurückgehenden Institute im allgemeinen die Tendenz haben, sich auch im späteren Rechte zu erhalten oder gar als reichsrechtliche Institute einzubürgern.

(6) GAI. 4, 83.

Einen Beleg dafür bietet u.a. das fr. 42 § 2 D. 3,3. Dieses handelt zweifellos vom Kognitor und weist darauf hin, dass sein Verhältnis zum Herrn auf einem Mandate = Auftrag beruhe (1). Denn nachdem PAULUS gesagt hat, dass « ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem (muss heissen cognitorem) consistere solet, mandati actionem parit », macht er eine Ausnahme für den cognitor in rem suam ; von ihm heisst es hier « non contrahitur obligatio mandati » (2), m.a.W. bei der Zession von Forderungen fällt der Auftrag fort, wohl aber wird nach der Ausdrucksweise der Quellen die actio mandiert, d.h. es handelt sich nur noch um eine Vollmacht (mandatum ad agendum) im Interesse des Kognitors, nicht aber um einen rechtsverbindlichen Auftrag.

Die Prokuratur ist, im Gegensatze zur Kognitur, eine Einrichtung des ius gentium (3) und ihre Grundlage ist einzig die Vollmacht. Der Prokurator hat nur *einen* dominus und dieser anfangs wohl auch nur *einen* Prokurator. Der Prokurator ist vor allem Geschäftsführer und nur nebenbei, in Verbindung mit der Geschäftsführung, auch Prozessvertreter des Herrn.

Ein Beweis dafür, dass das klassische Recht eine allgemeine Geschäftsführung als Gegenstand des Auftrags nicht gekannt hat, liegt in der Haftung des *Beauftragten* nur für dolus (4). Wie wäre aber eine allgemeine Geschäftsführung überhaupt denkbar, ohne dass eine Haftung auch für Sorgfalt — diligentia

(1) Vgl. fr. 8 pr. §§ 1. 2 D. 17, 1.

(2) Vgl. fr. 21 § 2, fr. 66 § 2 D. 21, 2.

(3) Wir begegnen ihr in Griechenland und anderwärts. Vgl. HERODOT, 1, 108 : Ἄρπαγον ἄνδρα οἰκήιον καὶ πιστότατόν τε Μήδων καὶ πάντων ἐπίτροπον τῶν ἑαυτοῦ. DEMOSTH., *Oratio I adv. Aphobum*, 27, 19 : ὁ δ'ἐπίτροπος, Μιλύας, ὁ ἀπελεύθερος ὁ ἡμέτερος, διῴκησεν... DITTENBERGER, *Sylloge*[2] 614.28 fg. : τὸς δὲ ἀποδάμος ἀπογραφόντω τοὶ ἐπιτρόποι... Vgl. auch *Leges Graecorum sacrae ed. Ziehen*, II, 115, 4 ; Luc. 8, 3 ; Matth. 20, 8 ; Vgl. Luc. 12, 42.

(4) Coll. 10, 2, 3 ; vgl. fr. 6 D. 14, 5 ; fr. 8 § 9, fr. 10 pr. fr. 59 § 1 fin D. 17, 1.

— gefordert würde? Wenn uns nun vom Prokurator ausdrücklich gesagt wird, dass er für Diligenz aufzukommen hatte (1), so können wir daraus erschliessen, dass er nicht auf Grund eines Auftrags tätig wurde, sondern auf Grund eines anderen Rechtsverhältnisses, und dieses ist eben die Vollmacht zur Geschäftsführung im weiteren Sinne. Daher konnte auch der Prokurator im klassischen Recht unmöglich mit der actio mandati, sondern nur mit der actio negotiorum gestorum zur Verantwortung gezogen werden (2).

Seneca und Quintilian erkennen noch im Hinblick auf die Prokuratur nur die actio negotiorum gestorum an. So sagt Seneca, *de beneficiis* 4,27: «quomodo malus paterfamilias habebitur, qui negotiorum gestorum damnato, patrimonii sui curam mandaverit: quomodo dementissime testabitur, qui tutorem filio reliquerit, pupillorum spoliatorem...» und Quintilian, *Inst. orator.* 7,4,35: «Cui simile est male gestae procurationis: *in foro negotiorum gestorum*: nam et mandati actio est.»

Ich möchte hier eine Reihe von Stellen heranziehen, die den Zusammenhang der Prokuratur mit dem «negotia gerere» aufzuzeigen geeignet sind, wobei es mir weniger auf den Inhalt, als auf den Sprachgebrauch der Quellen ankommt.

---

(1) Cicero pro Quinctio, 19,61: «procuratoris diligentis officium....; ... a procuratore summa cum diligentia...». Plin. epist. 10, 17: «Maximum, libertum et procuratorem... probum et diligentem...». Thes. ling. lat., V, 5, Sp. 1172: diligentia est rerum administratio. (Vgl. Isidor, *Different.* 123: «procurator... res omnes administrat.»). Vgl. fr. 97 D. 46, 3 (diligens «debitor», eigentlich procurator); fr. 3 § 5 D. 49, 14: «fidem et diligentiam a procuratore exigendam...». A. de Medio (*Bull. dell'ist. di dir. rom.*, 18, 274[1]) meint hierzu, da der Prokurator als Mandatar nur für dolus hafte, müsse das Wort «diligentiam» als interpolationsverdächtig bezeichnet werden. Dies ist völlig verkehrt, da der Prokurator im Gegensatze zum Mandatar auch für Diligenz einsteht. Dafür sprechen vor allem auch c. 11 C. 4, 35: Procuratorem... tam dolum quam culpam... praestare necesse est, und c. 13 C. 4, 35: A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse iuris auctoritate manifeste declaratur.

(2) Vgl. fr. 46 § 4 D. 3, 3; fr. 34 pr. fr. 55, D. 17, 1; fr. 23 D. 34, 3 u. a.; c. 9 C. 4, 35. In den angeführten Stellen haben die Klassiker vom iudicium negotiorum gestorum gehandelt.

Es sind :

Frag. Vat. 328 :

> Papinianus libro II responsorum. *Procurator absentis*, qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit, etsi *negotia gerere* desierit, obligationis tamen onere praetoris auxilio non relevabitur.

Auch in Frag. Vat. 330.332 (vgl. 333) und fr. 66 § 3 D. 21,2 spricht PAPINIAN nur vom procurator absentis. Um so auffälliger ist

fr. 1 pr. D. 20,6 (PAPINIAN) :

> Debitoris absentis *amicus negotia gessit*...

Statt «amicus» ist hier natürlich procurator zu lesen. Darauf weist schon die nachfolgende Erwähnung des dominus hin. Aus demselben Grunde muss in fr. 1 § 2 D.h.t. statt «defensor absentis» procurator absentis gestanden haben.

fr. 18 § 8 D. 49,14 (Marcian) :

> quod consequens est observari et in eo, qui (quasi) *procurator negotia gessit* : et ita idem principes rescripserunt, idem decreverunt nulla constitutione prohibitum esse *procuratorem* interrogari, sed accusare eum cuius *negotia gessit*....

c. 1 § 1 C. 4,27 :

> Si igitur *procurator* non sibi, sed ei, cuius *negotia administrabat*....

fr. 34 pr. D. 17,1 (Africanus) :

> qui *negotia* Lucii Titii *procurabat*....

und zum Schluss heisst es :

.... obligatum fore *procuratorem*... c. 5 C. 4,35 :

> si maritus sororis tuae tibi *procurans* petere bonorum possessionem noluit....

fr. 56 § 2 D. 17,1 (PAPINIAN) :

> ...cum igitur ad officium *procuratoris* pertinuerit, quidquid ex prima *negotiorum gestorum administratione* debuit ad secundam rationem transferre....

Frag. Vat. 131 (Ulpian) :

> Verba rescripti : Libertus, qui *negotia* senatoris populi Romani *gerit*, a tutela excusatur...

Frag. Vat. 132 (Ulpian) :

> Sic autem interpretantur prudentes has constitutiones, ut unum libertum *procuratorem*....

Frag. Vat. 133 (Ulpian) :

> ergo videmur hoc iure uti, ut is vacet, cui omnium rerum generaliter *procuratio mandata* sit, et non amplius quam unus.

Vgl. fr. 44 § 3 D. 27,1 (Tryphoninus) :

> et quamvis libertinus, qui senatori patrono *procurat*, excusationem ab aliorum tutela habeat....

und c. 13 C. 5, 62 :

> unus senatoris libertus, qui patroni *negotia gerit*, habet a tutela (sive cura) vacationem.

Aus den angeführten Stellen geht m.E. zur Genüge hervor, dass die Tätigkeit des Prokurators im « negotia gerere » ihren adäquatem Ausdruck findet.

Wenn die Tätigkeit des Prokurators aber ein negotia gerere ist, so kann die gegen ihn gerichtete Klage nur die actio negotiorum gestorum sein. Darauf weisen folgende Stellen hin :

fr. 3 D. 27,3 (Pomponius) :

> Si tutelae aut *negotiorum gestorum* agatur incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori *procuratorive*, arbitratu iudicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.

fr. 8 § 6 D. 34,3 (Pomponius) :

> Si heres vetitus sit agere cum eo, qui *negotia defuncti gesserit*, non videtur obligatio ei praelegata, quae dolo vel ex fraude eius qui *negotia gesserit* commissa sit, et testator id videtur sensisse, ideo si heres *negotiorum gestorum* egisset, agens *procurator* ex testamento incerti doli mali exceptione excludi potest.

fr. 50 pr. D. 17,1 (Celsus) :

> Si is qui *negotia* fideiussoris *gerebat* ita solvit stipulatori, ut reum fideiussoremque liberaret, idque utiliter fecit. *negotiorum gestorum actione* fideiussorem habet obligatum.... antequam solveret *procuratori* pecuniam....

Im Gegensatz zum viel weiter gehenden Wirkungskreise des Prokurators besteht die Aufgabe des Mandatars in der Ausführung des ihm aufgetragenen einzelnen Geschäfts.

Mit Recht stellt PERNICE die Formel der actio mandati auf einen Einzelauftrag ab (1) und nicht auf eine Reihe von Geschäften, die aus dem Mandate fliessen (2). Wenn die actio mandati auch die Prokuratur ergriffen hätte, so hätte die Formel dementsprechend allgemeiner gefasst sein müssen (3). Und dann, wenn die Prokuratur doch den Regeln des Auftrags unterworfen gewesen wäre, weshalb hören wir nie etwas von der dem Prokurator im Falle einer Verurteilung drohenden Infamie? Das hängt offenbar damit zusammen, dass das konkrete Rechtsverhältnis, in dem er zu seinem Herrn steht, *nicht* auf einem Auftrag beruht, sondern auf der Geschäftsführung, welche ihrerseits auf eine *Vollmacht* des Herrn zurückzuführen ist (4).

---

(1) Vgl. PERNICE, *Sav. Ztschr.* 9, 238 : « In der Formel der Klage wird daher auch der besondere Auftrag festgestellt : quod mandatum Numerio Negidio est, ut fundum Cornelianum emeret. » Einen Beleg dafür, dass das Mandat des klassischen Rechts einen Einzelauftrag zum Gegenstande hatte, bietet insbesondere fr. 38 pr. D. 17, 2 (PAULUS), wonach die Mandatsklage in ein iudicium speciale ausmündet : quod... Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).

(2) Gemeint ist hier die demonstratio der Formel für die actio mandati als bonae fidei iudicium.

(3) Die Formel der actio negotiorum gestorum enthält sicher die Worte « negotia gerere », die der actio tutelae — « tutelam gerere ». Auch das « pro tutore negotia gerere » ist zweifellos formular.

(4) Der Inbegriff von Rechten und Pflichten des Prokurators wird in den Quellen « officium » genannt. Vgl. fr. 56 § 2 D. 17, 1 ; fr. 31 § 14, D. 21, 1 ; fr. 21 § 1, D. 50, 1 (PAULUS respondit eos qui pro aliis non ex contractu, sed ex officio quod administraverint conveniuntur.) CIL IX, 3375 (156 n. Chr.) lin. 3 : lib. proc. ; lin. 15 : dominorum causa salutis ; lin. 17 : officiumque gerens.

Der Prokurator ist Geschäftsführer und Vermögensverwalter, in der Regel eines abwesenden Herrn. Wirksamen Rechtsschutz verlieh der Prokuratur in Rom erst der Prätor und zwar in Form einer actio in factum. Die im prätorischen Recht aufgekommene negotiorum gestio (1) hat ihren eigentlichen Sitz in der Prokuratur. Diese ist der Ausgangspunkt für die negotiorum gestio des römischen Rechts.

Dass die Prokuratur ein Institut des ius gentium gewesen ist und nicht des ius civile, dafür spricht auch das Vorkommen des griechischen ἐπίτροπος im Sinne eines *Vermögensverwalters* resp. Gutsverwalters (2). Dem steht nicht entgegen, dass ἐπίτροπος auch den *Vormund* (3) und den *Testamentsvollstrecker* (4) bezeichnen kann. Auf Grund einer eingehenden Untersuchung des Sprachgebrauchs bei den griechischen Autoren und in den Papyri glaube ich annehmen zu dürfen, dass dem Worte ἐπιτρέπειν vor allem die Bedeutung der Vollmacht (5) innewohnt und nicht die des Auftrags. In den drei oben genannten Fällen ist der ἐπίτροπος auf

---

(1) Der Ausdruck « negotiorum gestio » wird von den Klassikern nicht gebraucht. Nur einmal begegnet uns in den Digesten der Ausdruck « pro herede gestio » und dieser ist sicher interpoliert. Vgl. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*[9], s. v. gerere, S. 229.

(2) Vermögensverwalter : BGU I, 300 : ... Συνέστησά σε, φροντιοῦντά μου τῶν ἐν Ἀρσινοείτῃ ὑπαρχόντων... P. Freib. II, 9 ; fr. 60 § 4, D. 17, 1 : ... ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι...

Gutsverwalter : *Demost. Orat. in Nicostr.*, 4-5 ; XENOPH., Οἰκονομικός 12, 2 ; PLATO, Νόμοι VIII, 849 D ; Fragm. Menand. Hypothesis V, 2 (vgl. KÖRTE, *Arch. f. Papyrusforschung* 4, 505[1]) ; P. Oxy. III, 501; P. Giss. 26 Verso , P. Giss. 27 Verso.

(3) Bei den griechischen Rednern, im CIG und CIA sowie im Rechte der Papyri passim.

(4) BGU I, 326, col. II, 16-17.

(5) Vgl. z. B. P. Oxy. IV, 743 (2 v. Chr.) lin. 31-32 : καὶ περὶ πάντων αὐτῷ τὴν ἐπιτροπὴν δέδωκα. BGU I, 300 Verso, lin. 1 : Ἐπιτροπικῆς. In der griechischen Vollmacht fr. 60 § 4 D. 17, 1 heisst es ἐπιτροπικόν und ἐπιτρέπω. Im griechischen Recht wird also der Auftrag von der Vollmacht unterschieden und heisst m. E. nie ἐπιτροπή sondern stets ἐντολή. Umgekehrt Wenger, Stellvertretung, 105.

Grund einer Vollmacht tätig, die, je nachdem, auf ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, auf das Gesetz, eine obrigkeitliche Bestellung oder ein Testament zurückzuführen ist.

Man könnte gegen den von mir für das klassische Recht aufgestellten Prokuratorenbegriff den Einwand erheben, dass die in den Quellen erwähnte Möglichkeit sowohl eines procurator in rem suam als auch einer exceptio procuratoria dafür sprächen, dass der Prokurator gleich dem Kognitor auch *nur* Sachwalter sein könne, ohne zugleich Geschäftsführer des Herrn zu sein. Dieser Einwand wäre nicht unberechtigt, wenn die genannten Rechtsbehelfe auf Klassizität Anspruch machen dürften. Dem stehen aber Bedenken entgegen, die wir in Form von zwei Fragen geltend machen können:

1) Weshalb erwähnt Gaius (1) nur die exceptio cognitoria und nicht auch eine exceptio procuratoria, wenn nicht deswegen, weil es nur eine exceptio cognitoria gab?

2) Weshalb wird in einigen klassischen, völlig unanfechtbaren Stellen nur der cognitor in rem suam erwähnt (2) und nicht auch der procurator in rem suam, wenn nicht deswegen, weil es nur einen cognitor in rem suam gab?

Ob nicht im Corpus iuris, vor allem in den Digesten, der procurator in rem suam nur das kompilatorische Surrogat für den weggefallenen cognitor in rem suam (3) und ebenso die

---

(1) Gai. *Inst.*, 4, 124.

(2) Vgl. Frag. Vat. 260, 317 und 339; *Paul. Sent.*, 1, 2, 2.

(3) Da im klassischen Sprachgebrauch «cognitorem dare» technisch, procuratorem dare aber nicht üblich ist, so müssen wir sämtliche Stellen des Corpus iuris, in denen von einem procurator in rem suam *datus* die Rede ist, als interpolationsverdächtig bezeichnen. M. E. hat in folgenden Stellen ursprünglich der c o g n i t o r in rem suam datus gestanden: fr. 3 § 1 D. 2, 2; fr. 13 § 1 D. 2, 14; fr. 8 § 2, fr. 28, fr. 30, fr. 55, fr. 61 D. 3, 3; fr. 6 § 3 D. 3, 4; fr. 18 pr. D. 16, 2; fr. 66 § 2 D. 21, 2; fr. 42 D. 26,7; fr. 4 pr. D, 42, 1; fr. 4 § 18 D. 44, 4; fr. 20 § 1 D. 49, 1; fr. 1 § 12 D. 49,4; c. 1 C. 5, 58. Im übrigen ist der procurator in rem suam, wo er uns sonst noch begegnet, natürlich ebenfalls interpoliert. Vgl. fr. 25, fr. 29, fr. 33 § 5, fr. 34 D. 3, 3; fr 24 pr. D. 4, 4; fr. 2 § 5 D. 10, 2; fr. 17 § 3 D. 12,2; fr. 67 § 2 D. 12, 6; fr. 8 § 10 D. 17, 1 (vgl. fr. 3 § 5 D. 15, 3); fr. 8 § 2 D. 20, 6; fr. 4 pr. D. 42, 1; c. 6 C. 4, 10; c. 8 C. 4, 39.

exceptio procuratoria nur an die Stelle der klassischen exceptio cognitoria (1) getreten ist? Die beiden Gaiusstellen (2) in denen der Prokurator dem Kognitor beigeordnet erscheint, wären dann als späteres Glossem anzusehen.

Die Frage, ob es im klassischen Recht einen ad hoc bestellten Prozessprokurator gegeben habe, muss m.E. verneint werden, wohl aber ist es möglich, dass der anwesende Herr in der Parteirolle des Klägers seinen Vertrauensmann, den Prokurator, durch Eintragung in die Prozessakten zum Prozessvertreter bestellt (3). Dieser wird in unseren Rechtsbüchern procurator praesentis genannt und einem Kognitor gleichgeachtet. Bei Abwesenheit des Herrn kann es auch geschehen, dass der procurator absentis durch einen an den Prozessgegner gerichteten Brief zur Klage ermächtigt wird (4). Hierdurch erhält er die Rechtsstellung eines procurator praesentis, wird von der cautio de rato entbunden und kann mit Fug die Klage des Herrn konsumieren. Die gleiche Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Prokurator als Vertreter des Klägers auf Grund eines kaiserlichen Reskripts im Prozesse tätig wird (5). Da es im klassischen Rechte m.E. keinen ad hoc bestellten Prozessprokurator gegeben hat (6), so gibt es in ihm ebensowenig

---

(1) Nur vom Standpunkt des justinianischen Rechts (vgl. S 46) ist es zu verstehen, weshalb die Kompilatoren so häufig von exceptiones procuratoriae sprechen. Vgl. § 11 (10) I. 4, 13 ; fr. 6 D. 39, 1 ; fr. 39 § 3 D. 39, 2 ; fr. 3 D. 44, 1 ; fr. 23 D. 46, 8. In fr. 57 § 1, fr. 62 D. 3, 3, fr. 19 § 2 D. 22, 3 und fr. 2 § 4 D. 44, 1 ist im Originaltext sicher nur von der exceptio cognitoria die Rede gewesen.

(2) Gai. *Inst.* 2, 39 u. 2, 252.

(3) Frag. Vat. 317.

(4) Vgl. fr. 65 D. 3, 3. Die Prozessvollmacht muss für den Prozessgegner erkennbar sein und macht die Ratihabition überflüssig.

(5) fr. 21 D. 46, 8.

(6) Paul. I, 3, 2, wo es heisst « procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur » ist nicht vertrauenerweckend. Vgl. auch den statt des cognitor interpolierten litis procurator in fr. 86 D. 46, 3. Der procurator litis begegnet uns in Greg. Wisig. 1, 1 bezeichnenderweise erst in der interpretatio der Stelle und nicht im eigentlichen Text.

einen procurator in rem suam, sondern nur einen cognitor in rem suam.

Die *Terminologie* der Quellen inbezug auf die Bestellung des Prokurators ist keine einheitliche. Man sagt : procuratorem facere (1), relinquere (2), instituere (3), constituere (4), seltener ordinare (5), aber niemals dare (6). Im übrigen ist die Wendung procuratorem habere (7) gebräuchlich. Erst im nachklassischen Recht bürgert sich der Ausdruck « procuratorem dare » ein, vor allem wohl an Stelle des im klassischen Rechte üblichen cognitorem dare. Im Lichte dieser Terminologie ist auch der Ausdruck procurationem mandare zu verstehen : es handelt sich eben bei der Bestellung des Proku-

---

(1) Frag. Vat. 325, 326, 327 ; fr. 24 pr., fr. 46 pr. D. 26, 7 ; c. 5 C. 4, 6 ; c. 11 pr. C. 2, 12 (13) ; c. 1 pr. C. 5, 61. Um die Bestellung eines Prokurators handelt es sich auch in den Fällen, wo nur gesagt ist, dass jemandem die Vermögensverwaltung anvertraut wird : administrationem committere (fr. 58 D. 3, 3 ; fr. 60 § 4 D. 17,1) concedere (fr. 65 § 7 D. 17, 2 ; fr. 4 § 18 D. 44, 4), permittere (fr. 12 D. 13, 7 ; fr. 34 § 1 D. leg. III ; fr. 9 § 4 D.41, 1 ; § 43 I. 2, 1), mandare (fr. 46 § 7, fr. 63 D. 3, 3 ; fr. 60 § 2 D. 17, 1 ; fr. 12 pr. D. 46, 3 ; fr. 17 § 16 D. 47, 10) ; procurationem mandare. (Non. Marc. 135, 30 ; Symmach. lib. X ep. 39 § 2 ; Scriptores hist. Aug. XXVI 38, 3 ; Paul. I, 3, 1 ; Frag. Vat. 133 ; fr. 35 § 2 D. 4, 6).

(2) Cic. pro Quinctio 60, 62, 75, 87 ; fr. 47 D. 3, 3 ; fr. 26 § 1, fr. 39 D. 4, 6 ; fr. 5 § 10 D. 14, 3.

(3) Paul. IV, 12, 9 : Caeco curator *dari* non potest, quia ipse sibi procuratorem *instituere* potest. Ephemeris epigraphica II, 337 (p. 290) ; c. 23 C. 2, 12 (13).

(4) fr. 46 (44) § 1 D. 36, 1 ; c. 8 C. 5, 31. Vgl. *Spart. Sev.* 12 (procuratio constituta).

(5) c. 11 § 1 C. 2, 12 (13) ; c. 1 § 1 C. 5, 61 : Der technische Ausdruck für die feste Anstellung im kaiserlichen Dienst, auch für die Prokuratur, ist « ordinare » : arg. vita Alexandri c. 45 ; vgl. Hirschfeld, Verwaltungsbeamte^2, 443^1.

(6) Vgl. Lenel, *Palingen.* 1, 513^1 : procuratorem dare videtur ab usu abhorrere. Frag. Vat. 323 : idem et procuratores dare darive arceantur... (verdächtig) ; vgl. Wlassak, *Zur Gesch. d. Cognitur*, 47 ; Mitteis, *Sav. Ztschr.* 33, 636/637, c. 11 § 2 C. 2, 12 (13) ; c. 1 § 2 C. 5, 61 (verdächtig), so auch « procuratorem dare » in zahlreichen interpolierten Digestenstellen.

(7) fr. 33 pr. § 1, fr. 43 § 1 D. 3, 3 ; fr. 15 pr., fr. 26 § 9 D. 4, 6 ; fr. 46 pr. D. 26, 7 ; Gai. 1, 19 u. 4, 182 ; Quintilian inst. 4, 4.6 u. 7, 1.20 ; Tac. Iul. *Agric. Vita* 4 ; Seneca *Controv.* VII 5 (20).

rators immer nur um einen einseitigen Bestellungsakt (1), nämlich um die Erteilung einer Vollmacht, wobei nicht nachdrücklich genug betont werden kann, dass das Wort *mandare* überhaupt mehrdeutig ist und nicht eindeutig im Sinne eines Auftrags gefasst werden darf (2).

Was die Bedeutung des *mandare* betrifft, so möchte ich noch auf Folgendes hinweisen. Mandat kann heissen: Auftrag, Vollmacht, Ermächtigung, Instruktion, Bitte, Ersuchen. Gesandte bekommen Mandat, der Vormund bekommt im Testament ein Mandat, ohne dass hier von einem Auftrag die Rede sein kann und ohne dass dabei gegenüber dem Mandanten Klagen entstehen. Aber ein gemeinsamer Grundzug mit dem Mandat als Auftrag ist ja vorhanden: abgesehen natürlich von dem testamentarischen Mandate hat die Vollmacht, die Ermächtigung, mit dem Auftrage das gemein, dass der Tod des Bevollmächtigten oder der Tod des Vollmachtgebers das Mandat aufhebt.

Das *Mandat* ist ein Gattungsbegriff (3), dem sich seine einzelnen Arten, vor allem die Vollmacht und der Auftrag,

---

(1) Ein schriftlicher Bestellungsakt ist uns in den Digesten erhalten (fr. 60 § 4 D. 17, 1), desgl. auch zwei in den Papyri (BGU I 300 und Freib. Pap. II 9).

(2) Vgl. hierzu WINDSCHEID-KIPP, *Lehrb. d. Pandektenrechts*[8], I, 307, Anm. 1*a*; ZIMMERMANN, *Stellvertretende negotiorum gestio*, 89; DRECHSLER, *Die actio quod iussu*, 22; BARON, *Ztschr. f. Handelsrecht*, Bd. 27, 137; HELLMANN, *Stellvertretung*, 113 u. a.

Die Begriffsbestimmung des Prokurators in fr. 1 § 1 D. 3, 3: « procurator est qui (aliena) negotia mandatu domini administrat » braucht nicht unecht zu sein. Im Sinne des klassischen Rechts bedeutet mandatu domini « Vollmacht », im Sinne des justinianischen Rechts « Auftrag ».

(3) Aus fr. 6 D. 2, 1 ersehen wir, dass unter « Mandat » Verschiedenes zu verstehen ist, aber doch allen Arten des Mandats gewisse Merkmale gemeinsam sind: ...si is, qui mandavit iurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis. Vgl. c. 15 C. 4, 35: Mandatum re integra domini morte finitur. Gai. 3, 160: item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius, qui mandarit, vel eius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum.

unterordnen. Wie aber der Konsensualkontrakt überhaupt, so ist auch das Mandat als Auftrag eine verhältnismässig späte Rechtsbildung. Im Gegensatz zum älteren Formalismus der Tat, des Wortes, der Geberde oder anderer Symbole wirkt hier vertragsbegründend der consensus, die Willenseinigung der Parteien. Dazu gehört aber schon ein gewisses Abstraktionsvermögen, das der älteren Zeit durchaus abging. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass das Mandat als Vollmacht älter sein muss. Im Gebiet des öffentlichen Rechts können wir beobachten, dass schon in den Anfängen des römischen Staatslebens die Wahlen der Magistrate eine Vollmacht des populus Romanus in sich schliessen (1), der Prätor die Jurisdiktion den praefecti iuri dicundo *mandiert* oder die Konsuln für die Zeit ihrer Abwesenheit die custodia Romae dem praefectus urbi *mandieren*. In allen diesen Fällen liegt kein Auftrag, sondern eine Vollmacht vor und wir haben somit allen Grund, eine Priorität des Mandats als Vollmacht vor dem Mandat als Auftrag anzunehmen.

Die Tätigkeit des öffentlichrechtlichen Prokurators (2), wie überhaupt des kaiserlichen Beamten, beruht auf einem Mandat. Hier handelt es sich ohne Zweifel um eine Ernennung, die zugleich eine Vollmacht in sich schliesst. Dann aber ist der Schluss erlaubt, dass auch der privatrechtliche Prokurator zu seinem Herrn nicht in einem Auftragsverhältnis gestanden

(1) Bei Cicero u. a. finden wir die Ausdrücke « honores mandare » (Cic. in Verr. II, 4, 37 ; Tac. ann. 4, 6), « magistratus mandare » (Caesar, de bell. civ. III, 59), « sacerdotia mandare » (Cic. de leg. agr. II, 7, 18), ohne dass wir dabei an einen Auftrag zu denken berechtigt wären. Und was die mandata principis anlangt, so werden auch sie nicht als Aufträge, sondern als Instruktionen aufgefasst werden müssen. Auch dann, wenn der Erblasser ein Fideikommiss anordnet mit den Worten « mando... » usw. (Paul. IV, 1, 6), oder wenn es von der testamentarisch bestellten Vormundschaft heisst « tutela testamento mandata » (fr. 26 pr., fr. 28 pr. D. 26, 2 ; vgl. fr. 5 § 8, fr. 39 § 6, fr. 40 D. 26, 7 ; c. 3 C. 5, 44), kann von einem Auftrage nicht die Rede sein.

(2) CIL V, 875 : procurator provinciae Asiae quam m a n d a t u p r i n c i p i s vice defuncti proconsulis rexit.

hat, denn es ist anzunehmen, dass der Prokuratorenbegriff, wo immer er uns entgegentreten mag, ein einheitlicher gewesen ist.

Prokuratur und Auftrag weisen im klassischen Recht noch weitere terminologische Unterschiede auf. Dem procurator steht stets der dominus gegenüber, während der Auftraggeber nie dominus heisst, sondern is qui mandat (1), mandans (2) oder auch mandator (3). Desgleichen werden die Uebernahme der Prokuratur und die des Auftrags sprachlich scharf geschieden. Im einen Falle wird procurationem suscipere (4), im andern mandatum suscipere (5) gebraucht. Für die Absetzung des Prokurators wegen gröblicher Verletzung seiner Pflichten gebrauchen die Quellen den Ausdruck removere (6), für den Widerruf des Auftrags nur mandatum revocare (7).

Der » Geschäftsherr « des justinianischen Rechts wird nach der Verdrängung der klassischen Prokuratur durch die freiwillige Geschäftsführung ohne Auftrag nicht selten *dominus* negotiorum oder dominus rei gestae genannt (8). Wir können nicht umhin, in diesem Sprachgebrauch einen Ueberrest des alten Zusammenhanges zwischen der Prokuratur und der Geschäftsführung zu erblicken.

Gai. 4, 84 lesen wir :

> Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante

(1) Gai. 3, 156. 160 u. a.

(2) fr. 13 § 1 D. 22, 1 ; fr. 62 (61) § 5 D. 47, 2 u. a.

(3) fr. 22 § 11, fr. 26 pr., fr. 46, fr. 49, fr. 58 pr. D. 17, 1 u. a.

(4) fr. 32 D. 5, 2 ; fr. 12 § 7 D. 17, 1 ; fr. 50 D. 49, 14 ; c. 15 C. 2, 12 (13) ; c. 17 C. 2, 12 (13).

(5) Gai. 3, 160 u. a.

(6) fr. 35 § 3 D. 3, 3 ; fr. 13 pr. D. 33, 1. Vita Pert. c. 2 (vgl. HIRSCHFELD *Kl. Schriften*, 752[1]).

(7) Gai. 3, 159.

(8) § 1 I. 3, 27. Es ist bezeichnend, dass uns in den Basiliken und den Basilikenscholien überaus häufig der Ausdruck κύριος τῶν πραγμάτων begegnet. Das ist der neue Sprachgebrauch des justinianischen Rechts.

> adversario constituitur ; quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum ; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisdare debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et posta apud iudicem ostenditur.

Diese Beschreibung der Tätigkeitssphäre des Prokurators ist vom Standpunkte des klassischen Rechts unannehmbar. Sie ist ausschliesslich auf den Prozess zugeschnitten und die Geschäftsführung des Prokurators als solche wird völlig ignoriert (1). Nun hat KNIEP (2) in seinem Kommentar zu den Institutionen des Gaius mit Recht darauf hingewiesen, dass die Darstellung in den Institutionen nicht durchweg von Gaius selbst herrührt, sondern hin und wieder durch spätere Glosseme entstellt ist. Schon EISELE (3) hat den Schlusssatz quia — ostenditur als Einschiebsel bezeichnet. Ich stehe nicht an, darüber hinaus auch den seltsamen Prokuratorenbegriff in den Institutionen des Gaius als mit dem klassischen Recht unverträglich auf Rechnung eines späteren Glossators zu setzen, dem, da das 4. Buch der Institutionen dem Prozesse gewidmet ist, vielleicht daran lag, im Zusammenhang mit dem in nachklassischer Zeit abgewandelten Prokuratorenbegriff hier den Schwerpunkt der Tätigkeit des Prokurators in den Prozess zu verlegen.

Mit Recht sagt GAIUS in fr. 46 § 4 D. 3,3.

> Procurator ut in ceteris quoque *negotiis* gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet....

---

(1) Mit Gai. 4, 84 steht im Widerspruche § 1 I. 4, 10 cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, is procurator intellegitur, eine unzweifelhaft klassische Begriffsbestimmung des Prokurators, die möglicherweise dem echten Gaius entnommen ist. Sie unterstreicht beide Seiten der Tätigkeit des Prokurators, die Geschäftsführung einerseits und die defensio, vor allem im Prozesse, andererseits.

(2) Vgl. KNIEP, *Gai. institutionum commentarius*, Jena 1911-1917.

(3) EISELE, *Cognitur und Procuratur*, 145.

Aus dieser Stelle scheint dreierlei hervorzugehen:

1) dass die Tätigkeit des Prokurators vor allem ein negotia gerere ist,

2) dass die Prozesstätigkeit des Prokurators im Zusammenhange mit seiner allgemeinen Geschäftsführung steht und

3) dass der Prokurator rechenschaftspflichtig ist.

Das in fr. cit. erwähnte mandati iudicium kann nicht echt sein. Es muss hier gestanden haben: negotiorum gestorum iudicium.

Gerade weil man im klassischen Recht einen besonderen Sachwalter in der Person des Kognitors hatte, lag kein Bedürfnis nach einem zweiten ausschliesslichen Prozessvertreter in der Person des Prokurators vor. Trotzdem halten die Neueren immer noch daran fest, dass es auch im klassischen Recht einen nur für den Prozess bestellten Prokurator gegeben habe. Auf dieser Grundlage fussend geht die herrschende Meinung noch weiter, indem sie auch den ausserhalb des Prozesses mit einem einzelnen Geschäft Beauftragten als Prokurator ansehen will. Einen scheinbaren Anhalt haben die Vertreter dieser Ansicht darin, dass im Digestentitel 17.1. der vom Auftrage handelt, der Prokurator zuweilen mit dem Mandatar promiscue gebraucht wird (1). M. E. liegt hier aber eine durch die Kompilatoren vollzogene bewusste Angleichung vor. Es erweist sich nämlich, dass sie, abgesehen von sonstigen Aenderungen, solche Stellen, welche sich ursprünglich auf den Prokurator bezogen, in den Titel mandati vel contra hineingearbeitet haben. Von ihrem Standpunkte aus ist dieses Verfahren sehr verständlich und durchaus folgerichtig, denn im justinianischen Recht ist allerdings der Prokurator mit dem Mandatar

(1) Vgl. z. B. fr. 10 pr. §§ 1-3 D. 17, 1. Bemerkenswert ist, dass Gaius in seinen Institutionen, wo er vom Mandate handelt, mit keinem Worte den Prokurator erwähnt. Vom Beauftragten heisst es dort bloss: is qui mandatum suscepit.

identisch. Daher auch die Bezeichnung des Prokurators als ἐντολεύς nicht nur in den Basiliken und bei den Basilikenscholiasten sondern auch schon in den griechisch geschriebenen Konstitutionen Justinians (1). Der Ausdruck ἐντολεύς ist für die Stellung, die der Prokurator hier einnimmt, charakteristisch. Im Einklang damit steht auch die Erscheinung, dass, wie die gräko-ägyptischen Papyri uns lehren, im spätrömischen Prozess, beginnend etwa mit dem 4. Jahrh.n.Chr., der Prozessvertreter ohne Unterscheidung von Kognitor und Prokurator bestellt wird mit den Worten ἐπιτρέπω καὶ ἐντέλλομαι (2), — eine eigentümliche Verquickung von Vollmacht und Auftrag, die wir auch für das justinianische Recht feststellen können.

Der Ausgangspunkt der Prokuratur liegt zweifellos darin, dass jemand im Falle und für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vermögensverwalter bestellt, der procurator absentis genannt wird. Es ist von vornherein ganz unwahrscheinlich, dass der Römer, der in seiner Wirtschaft nüchtern und sorgfältig war, es je verabsäumt hätte, bei längerer Abwesenheit einen Vertreter zur Führung seiner Geschäfte zu hinterlassen (3). Die Abwesenheit des dominus kann rei publicae causa gerechtfertigt sein (4) oder einen anderen Grund haben, was aber für die Stellung des Prokurators dem Herrn gegenüber gleichgültig ist.

Mitteis (5) hat gemeint, dass der procurator absentis im

---

(1) Vgl. Mommsen, *Jurist. Schriften*, I, 435.

(2) P. Lips. 38 ; Lond. II p. 273 ; P. Cair. Nr. 67124 ; P. Cair. Nr. 67161.

(3) Pernice, *Labeo* I, 490 u. Sav. Ztschr. 19, 164, Anm. 5 ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Zivilproz.* II, 560 Anm. 18. Anders bei nur vorübergehender Abwesenheit : fr. 6 § 1 D. 41, 2 ; fr. 1 § 24 D. 43, 16.

(4) Cicero *pro Caecina*, 20, 57 : is, qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non sit, absitve rei publicae causa, quasi quidam paene dominus, hoc est, alieni iuris vicarius. — Festus epit., p. 57 : ...procurator autem absentis nomine actor fit... — Pseudo-Ascon. in divin. 4, 11 p. 104 : procurator si absentis negotium suscipit.

(5) Mitteis, *Röm. Privatrecht*, 234[102].

klassischen Rechte relativ selten vorkomme. Dem ersten Anschein nach könnte man ihm Recht geben, eine genaue Untersuchung der Frage führt uns jedoch zum entgegengesetzten Resultat, denn erstens kommt der procurator absentis garnicht so selten in unseren Rechtsbüchern vor (1), und zweitens lässt es sich unschwer nachweisen, dass er in einer ganzen Reihe von Digestenfragmenten von den Kompilatoren entweder ganz gestrichen (2) oder mehr oder weniger unkenntlich gemacht worden ist. Dieses wird zuwege gebracht z.B. durch Streichung der Abwesenheit des Herrn (3), oder die Abwesenheit bleibt bestehen, der Prokurator aber wird beseitigt oder entstellt (4). Was nun die völlige Streichung des procurator absentis anbetrifft, so erklärt sie sich daraus, dass dieser Begriff in der Kompilation als störend empfunden und darum aus ihr verbannt wurde, denn die Abwesenheit des Herrn ist hier ein nebensächliches Motiv der negotiorum gestio, welche ganz im Gegensatz zum klassischen Recht nunmehr von der ignorantia des Herrn (5) einerseits und dem animus des Geschäftsführers andererseits beherrscht wird.

---

(1) Frag. Vat. 328, 330, 333, fr. 21 D. 16, 2; fr. 66 § 3 D. 21, 2; fr. 68 (66) § 1 D. 36, 1; fr. 34 § 6, fr. 58 § 2 D. 46, 3; fr. 2 D. 49, 9; c. 5 C. 10, 48 (47); vgl. auch PAUL, I, 3, 5.8; fr. 35 § 2, fr. 39 § 1, fr. 43 §§ 5.6, fr. 65, fr. 71 D. 3, 3; fr. 73 D. 46, 1.

(2) So im Edikt über die cautio de rato und defensio fr. 33 § 3 D. 3, 3 und im Edikt de negotiis gestis fr. 3 pr. D. 3, 5.

(3) § 43 I. 1, 2 (vgl. aber fr. 9 § 4 D. 41, 1); fr. 33 § 4 D. 3, 3 (alicuius nomine procurator); fr. 39 § 6 D. 3, 3 (alterius procurator); fr. 67 D. 3,3 (vgl. aber Frag. Vat. 328); fr. 46 (44) § 1 D. 36, 1 (alterius procurator); fr. 10 D. 46, 7 (aliquem); fr. 17 § 10 D. 47, 10 (procurator quisquam).

(4) fr. 2 § 1 D. 2, 9; fr. 14 § 1 D. 49, 1; vgl. fr. 41 D. 3, 3; fr. 5 pr. D. 48, 17; fr. 72 § 2 D. 46, 3.

fr. 42 § 2 D. 12, 2 (*defensor* absentis); fr. 6 D. 16, 1 (*defensor* absentis); fr. 1 § 2 D. 20, 6 (*defensor* absentis); fr. 30 (31) pr. § 2 D. 3, 5 (*amicus*); fr. 1 pr. D. 20, 6 (absentis *amicus*) u. a.

(5) § 1 I. 3, 27; fr. 5 pr. D. 44, 7; fr. 49 D. 3, 3; fr. 7 D. 46, 8; fr. 58 § 1 D. 46, 3; fr. 2 § 9 D. 41, 4; fr. 2 D. 3, 5; fr. 10 (11) D. 3, 5; fr. 40 (41 D. 3, 5; vgl. fr. 41 D. 12, 2 u. a.

Die historische Grundlage der negotiorum gestio ist geradezu in ihr Gegenteil verkehrt worden in fr. 5 pr. D. 44,7 (1), wo die nunmehrige Voraussetzung der Anwendung der negotiorum gestio die ist, dass *niemandem* die Geschäftsführung für die Zeit der Abwesenheit des Herrn anvertraut worden war. So richtig dies vom Standpunkt der Kompilation ist, so falsch ist es vom Standpunkt der klassischen Juristen. In *diesem* Falle das klassische Recht wieder herzustellen ist sehr leicht: wir brauchen nur statt des Niemand den Prokurator zu setzen (2), dann wissen wir, dass und wem die Geschäftsführung anvertraut war.

Wenn wir nun dem procurator absentis den ihm gebührenden Platz im klassischen Rechte wieder zuweisen, so wollen wir damit nicht gesagt haben, dass nur der abwesende Herr einen Prokurator haben konnte. Nein, manches spricht dafür, dass die Abwesenheit des Herrn keine notwendige Voraussetzung für die Prokuratur bildete. So begegnen wir im Prozess dem procurator praesentis und auch ausserhalb des Prozesses sind uns Fälle bekannt, wo die zweifellos echte Stelle den Prokurator erwähnt, *ohne* dass hier an den Vertreter eines Abwesenden gedacht werden könnte oder müsste (3).

Die negotiorum gestio im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag hat im klassischen Rechte keinen Raum. Der Ausdruck negotiorum gestio, wie auch die Bezeichnungen negotiorum gestor, dominus rei gestae oder dominus negotiorum dürfen auf Klassizität keinen Anspruch erheben. Klassisch

(1) Diese Stelle ist schon von anderen aus rein sprachlichen Gründen beanstandet worden. Statt aller vgl. GRUPE, *Sav. Ztschr.* 17, 319, *Sav. Ztschr.* 18. 219/220.

(2) Vgl. hierzu VOIGT, der in seiner *Röm. Rechtsgesch.* I (Leipzig, 1892) S. 284, Anm. 19 treffend sagt: «des procurator absentis wird gedacht in fr. 5 pr. D. 44, 7» ohne jedoch irgendwelche Konsequenzen aus dieser Annahme zu ziehen.

(3) Frag. Vat. 317, 326, 331, 333; fr. 7, fr. 65 D. 3, 3; fr. 79 D. 45, 1 c. un. pr C. 2, 56 (57); C. Th. 2, 12, 7. — C. Th. 2, 12, 4; fr. 58 § 2 D. 24 1 fr. 34 § 1 D. leg. III; fr. 95 pr. D. 35, 2; fr. 13 pr. D. 33, 1 u. a.

sind dagegen die Ausdrücke *dominus* und *procurator*, und der Normalfall des negotia gerere im fremden Interesse ist jedenfalls die Prokuratur. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass der Prokurator der einzige Geschäftsführer des klassischen Rechts war, — es gab eine Anzahl von anderen, gleichfalls autorisierten Geschäftsführern, so z.B. den curator minoris, den institor usw., deren Tätigkeit hier nicht in Betracht kommt. Wir können indes mit Fug behaupten, dass unter allen mit der Geschäftsführung betrauten Personen der Prokurator die hervorragendste Stelle einnahm. Dann ist aber auch die Annahme wohl begründet, dass das prätorische Edikt *de negotiis gestis* auf den Prokurator berechnet gewesen sein muss.

Bemerkenswert ist es, dass die Kommentare der Juristen Paulus und Ulpian zum Edikte de negotiis gestis sich, wie es scheint, unmittelbar anlehnen an ihre Bücher ad edictum praetoris de cognitoribus et procuratoribus. Dies scheint mir ein nicht gering anzuschlagendes Indiz dafür zu sein, dass es sich im Edikte de negotiis gestis um die Regelung des internen Verhältnisses zwischen dem dominus und dem procurator handelte. Es ist sogar sehr wahrscheinlich, dass das ursprüngliche Edikt de negotiis gestis die Geschäftsführung für einen Abwesenden ausdrücklich ins Auge fasste. Der Wortlaut des Edikts, wie es in den justinianischen Digesten auf uns gekommen ist, fällt hierbei nicht in die Wagschale, denn es ist anzunehmen, dass das ursprüngliche Edikt de negotiis gestis, wie auch das Edikt über dieselbe Materie in der Fassung Julians anders gelautet hat.

Nach dem Vorgange eines italienischen Juristen, Atzeri, hat Partsch (1) die Behauptung aufgestellt, dass der *abwesende* Herr im Edikte de negotiis gestis ausdrücklich erwähnt gewesen sei. Ich halte dies für durchaus zutreffend, gehe aber noch weiter und meine, dass der Prätor in diesem Edikte auch

(1) Atzeri, *I principi fondamentali della gestione d'affari* (Cagliari, 1890), 142. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio* I (Heidelberg, 1913), 11 u. 11^2.

den Prokurator namhaft gemacht haben muss, denn sonst würde hier das negotia gerere völlig beziehungslos gewesen sein und demzufolge eine viel zu allgemeine Bedeutung gehabt haben (1). Bei dem Fehlen des abstrakten Begriffes eines negotiorum gestor im klassischen Recht muss das Edikt einen konkreten Fall im Auge gehabt haben und das konnte nur die Geschäftsführung des procurator absentis sein (2).

Das prätorische Edikt über die cautio de rato und die allgemeine Defensionspflicht des im Digestentexte nicht näher bezeichneten Prozessvertreters des Klägers (3) hat, wie der Kommentar ULPIANS (4) hierzu lehrt, ursprünglich auch konkreter gelautet, insofern als der procurator absentis darin genannt gewesen sein muss. Wenn, woran wir nicht zweifeln dürfen, die Kompilatoren sich veranlasst sahen, den procurator absentis in *diesem* Edikt zu beseitigen, so können wir ohne weiteres annehmen, dass sie in dem Edikt de negotiis gestis aus denselben Gründen das Gleiche getan haben. Zwecks Schaffung ihres Instituts der freiwilligen Geschäftsführung ohne Auftrag *musste* ja bei der Wiedergabe des julianischen Edikts in den Digesten JUSTINIANS der procurator absentis fallen.

Die Meinung, dass das prätorische Edikt nur an den Prokurator in seiner Tätigkeit im Prozesse gedacht habe (5), vermag ich nicht zu teilen. Ich glaube im Gegenteil mit PERNICE (6) annehmen zu müssen, dass das negotia gerere im weiteren

---

(1) Ganz anders Partsch, loc. cit., 14, 28, der in das Edikt de negotiis gestis die Worte « sine mandatu » aufgenommen wissen will.

(2) Was den zweiten Teil des Ediktes de negotiis gestis anlangt, der die Führung von Erbschaftsgeschäften zum Gegenstande hat, so halte ich ihn für kompilatorisch.

(3) fr. 33 § 3 D. 3, 3.

(4) fr. 33 § 4, fr. 35 §§ 2, 3 D. 3, 3 u. a.

(5) WLASSAK, *Zur Gesch. d. negotiorum gestio*, 46, 57 ; PETERS, *Sav. Ztschr.*, 32, 263 ; PARTSCH, *Studien zur Negotiorum Gestio* I, 13.

(6) PERNICE, *Labeo* 1, 494 ; FERRINI, *Bull. dell'Ist.*, 7, 89 ; P. KRÜGER, *Arch. f. ziv. Pr.*, 62,497. Die allgemeinere Bedeutung des negotia gerere geht auch hervor aus fr. 33 pr. D. 3, 3.

Sinne vom Prätor gemeint war, einschliesslich natürlich auch der rein prozessualen Funktionen des Prokurators, also auch der defensio (1). Wenn es sich so verhält, wie ich annehme, so ist ein natürlicher Anschluss an das vorhergegangene Edikt de cognitoribus et procuratoribus gewonnen. Hat das vorhergegangene Edikt vom Prokurator in seiner prozessualen Tätigkeit gehandelt, so regelt das Edikt de negotiis gestis das innere Verhältnis zwischen dem Prokurator und seinem Herrn und sichert dieses Rechtsverhältnis durch Gewährung eines iudicium. Ob dieses iudicium gegenseitige Klagen auslöste oder nur eine Klage des Herrn gegen den Prokurator, wissen wir nicht. Das Zivilrecht hat jedenfalls auch die Klage des Prokurators gegen den Herrn, das iudicium contrarium, gekannt (2). Im iudicium contrarium konnte der Prokurator vor allem den Ersatz seiner Auslagen verlangen, und zwar auch dann, wenn seine Tätigkeit nicht von Erfolg begleitet gewesen war (3). Die auf das prätorische Edikt zurückgehende Klage war naturgemäss in factum konzipiert. Erst mit dem Aufkommen von Zivilklagen im Gebiete der negotiorum gestio

---

(1) Vgl. hierzu § 1 I. 4, 10; fr. 23 pr. D. 22, 1; C. Th. 2, 12, 1.

(2) Cic. de off. III, 17,70; fr. 46 § 5 D. 3, 3; fr. 7 (8) § 2 D. 3, 5; fr. 14 D. 6, 2; fr. 12 §§ 7. 8 D. 17, 1; fr. 5 D. 27, 5 (inscriptio !).

Im justinianischen Recht heissen die gegenseitigen Klagen aus der Geschäftsführung actio negotiorum gestorum directa und actio negotiorum gestorum contraria.

Was die actio mandati betrifft, so ist sie im klassischen Recht beiden Teilen zuständig (vgl. *Gai. Inst.* 3, 127, 155; fr. 5 pr. D. 44, 4; Gai. 3, 156, 161); ein iudicium contrarium gibt es hier m. E. nicht. Anders das justinianische Recht, in dem der actio mandati directa eine actio mandati contraria gegenübersteht.

(3) Arg. fr. 56 § 4 D. 17, 1: sumptus bona fide necessario factos, ets negotio finem adhibere *procurator* non potuit, ...restitui necesse est. Derselbe Gedanke wird im justinianischen Recht so ausgedrückt, der Geschäftsführer solle für « negotium utiliter coeptum » Sorge tragen und könne dann, auch wenn die Geschäftsführung nicht erfolgreich war, Ersatz seiner Auslagen verlangen.

wurde diese weiter ausgestaltet (1). Sie beschränkt sich fortan nicht mehr ausschliesslich auf die Prokuratur.

Man könnte sich den Entwicklungsgang der actio negotiorum gestorum folgendermassen denken: Die Anfänge dieser Klage liegen im prätorischen Edikt. Der Prätor versprach in seinem Edikt aus der Geschäftsführung des Prokurators für den abwesenden Herrn ein iudicium. Die Klage, die hieraus erwuchs, ist natürlich eine rein prätorische und in factum konzipiert. Als im Laufe der Zeit dieses Rechtsmittel sich im Rechtsbewusstsein des Volkes mehr und mehr festgesetzt hatte und gewohnheitsrechtlich anerkannt wurde, nahm der Prätor in sein album auch eine auf die Geschäftsführung bezügliche Zivilklage auf, welche in ius konzipiert war. Diese actio negotiorum gestorum war, wie wir wissen, ein iudicium bonae fidei. In erster Linie galt auch dieses iudicium für die Geschäftsführung des Prokurators, aber höchst wahrscheinlich war die Anwendungssphäre des bonae fidei iudicium eine ausgedehntere, als die der alten prätorischen Klage. Es bezog sich wohl überhaupt auf alle autorisierten Geschäftsführer, also nicht nur Prokuratoren, sondern auch Institoren und Kuratoren, vor allem den curator adulescentis. Mit einer besonders gearteten actio, welche auch im Edikte proponiert war, wurde derjenige geschützt, welcher pro tutore negotia gessit. Die letzteren Worte sind ohne Zweifel formular, d.h. in der demonstratio der Formel (2) enthalten. Ausser den genannten Klagen gibt es im klassischen Rechte noch eine Reihe von actiones (negotiorum gestorum) utiles, welche zum Teil auf Responsen der Juristen, zum Teil auf Kaiserreskripte zurückzuführen sind.

---

(1) Vor allem gehören hierher die Geschäftsführung des curator adulescentis seit dem Reskripte Mark Aurels und ähnlich geartete Fälle. Vgl. Vita Marci, 10: De curatoribus vero cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis. Alibrandi, *Bull. dell'Ist.* II, 151 fg.; Windscheid-Kipp, *Pandekten*[8] III, 113[7], 135[1].

(2) Lenel, *Edictum perpetuum*[1], 257.

Während, wie wir gesehen haben, der Prokurator und einige andere *autorisierte* Geschäftsführer mit der actio negotiorum gestorum belangt werden konnten, wurde im klassischen Recht bei der Führung von Erbschaftsgeschäften und in einigen anderen Fällen *nichtautorisierter* Geschäftsführung diese Klage nicht gegeben, sondern der Rechtsschutz hier in anderer Weise vermittelt.

Die Führung von *Erbschaftsgeschäften* durch einen andern als den Erben kann im klassischen Recht nur in zweifacher Weise geschehen. Entweder sie geschieht nach erfolgter Okkupation der Erbschaftssachen durch jemand, der nicht Erbe ist, in der Absicht nach Ablauf eines Jahres die Erbschaft zu ersitzen, — das ist die bei Gaius erwähnte usucapio pro herede, — oder sie geschieht durch einen sonstigen Erbschaftsbesitzer im tatsächlichen Interesse der noch nicht angetretenen Erbschaft.

Lässt sich in beiden genannten Fällen eine solche negotiorum gestio annehmen, welche, wie das Corpus iuris prima facie nahelegt, auch für das klassische Recht die actio negotiorum gestorum erzeugt?

Bei der von Gaius erwähnten Okkupation und Usukapion von Erbschaftssachen (1) ist von einer negotiorum gestio im Sinne der herrschenden Meinung garnicht die Rede. Sowohl vor, als auch nach der Ersitzung von Erbschaftssachen hat der wahre Erbe die Möglichkeit, durch Anstellung der hereditatis petitio den Nachlass an sich zu ziehen. Die hereditatis petitio *nach* Ersitzung der Erbschaftssachen greift allerdings erst seit dem Senatusconsultum auctore Hadriano factum Platz (2). Die Rückgängigmachung der usucapio pro herede ist also auch nur mittels einer hereditatis petitio möglich. Und dann, was mir besonders bedeutsam erscheint, Julian und Celsus geben beide dem Erben nur die hereditatis petitio gegen

(1) Gai. 2, 54-56; 3, 201.

(2) Gai. 2, 57.

denjenigen, der Erbschaftsgeschäfte geführt hat (1). Auch Stellen wie fr. 20 (21) § 1 D. 3,5 und fr. 6 § 2 D. 42,5 vertragen sich nicht mit der Möglichkeit einer actio negotiorum gestorum in Erbschaftsgeschäften, wohl aber sind sie verständlich in Verbindung mit der hereditatis petitio.

In fr. 20 (21) § 1 D. 3,5 heisst es :

> Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat....

und in fr. 6 § 2 D. 42,5 :

> Scaevola noster ait... deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia....

Ich kann es mir nicht versagen, hier noch eine Stelle aus den Sentenzen des Paulus heranzuziehen, die m.E. auch dahin interpretiert werden kann, dass die Führung von Erbschaftsgeschäften keine actio negotiorum gestorum nach sich zog. Es ist dies

Paul. Sent. II, 30 a :

> Postumo tutor datus non nato postumo neque tutelae, quia nullus pupillus est, neque negotiorum gestorum iudicio tenetur, quia administrasse negotia eius, qui natus non esset, non videtur....

Die actio negotiorum gestorum ist also hier nicht zuständig, weil es an einem dominus fehlt ; daraus ergibt sich die Konsequenz, dass, solange eine Erbschaft noch nicht angetreten und darum herrenlos ist, eine actio negotiorum gestorum ebensowenig Platz greifen kann.

Endlich spricht gegen die Möglichkeit einer actio negotiorum gestorum in Erbschaftsgeschäften das Vorhandensein der prätorischen actio funeraria, gerichtet auf Erstattung der Beerdigungskosten, welche jemand im Interesse eines andern, des Erben, aufgewendet hat. Wenn die actio negotiorum gestorum hier möglich gewesen wäre, was sollte dann noch die actio

(1) fr. 16 § 3 D. 5, 3 (denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, et Celso et Iuliano videtur peti hereditatem posse). Vgl. fr. 10 fin. D. 5, 4 (Pap.).

funeraria? Uebrigens kommt in unseren Quellen wohl der Fall vor, dass jemand, vom Erben mit der hereditatis petitio belangt, berechtigt sein solle, sich die Beerdigungskosten anzurechnen (1). Dagegen ist eine Kumulation von Klagen dem Geiste des klassischen Rechts im allgemeinen zuwider.

Wenn wir alles Gesagte in Betracht ziehen, so müssen wir m.E. zu dem Schlusse kommen, dass eine Heraushebung der Führung von Erbschaftsgeschäften aus dem Bereiche der hereditatis petitio, mit der Wirkung, dass sie nicht ausschliesslich von der hereditatis petitio ergriffen, sondern auch im Wege einer actio negotiorum gestorum geltend gemacht werden konnte, im klassischen Recht nicht zulässig war.

Der Zusatz des prätorischen Edikts de negotiis gestis, dass auch die Geschäfte eines Verstorbenen, geführt von einem andern als dem Erben, die Geschäftsführungsklage nach sich ziehen, ist nicht, wie DERNBURG meint (2), als eine spätere Zutat des prätorischen Edikts anzusehen, sondern als eine grobe Interpolation der Kompilatoren (3).

Es gibt im klassischen Recht, wie bereits erwähnt, neben dem Prokurator auch noch andere *autorisierte Geschäftsführer*, gegen die zweifellos die actio negotiorum gestorum zuständig war. Solche autorisierte Geschäftsführer sind u.a. der curator minoris und der institor. Was ersteren anlangt, so hat bereits ALIBRANDI (4) in überzeugender Weise dargetan, dass gegen ihn die actio negotiorum gestorum Platz griff. Angesichts der Tatsache, dass die Kompilatoren die actio negotiorum gestorum für ihre allgemeine Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch nahmen, gaben sie gegen den curator minoris als einen kraft seines Amtes, necessitate, fungierenden Geschäfts-

(1) fr. 32 pr. D. 11, 7.

(2) DERNBURG, *Festgabe für Heffter*, 115.

(3) Sprachlich zu beanstanden sind in fr. 3 pr. D. 3, 5 erstens der ungewöhnliche Gebrauch von sive, zweitens si moritur statt si moreretur, und in fr. 3 § 6 D. 3, 5 die ungenaue Bezeichnung des Verstorbenen mit « testator ».

(4) ALIBRANDI, *Bull. dell'Ist.* II, 151 fg.

führer bezeichnenderweise nur die actio negotiorum gestorum *utilis* (1). Inbezug auf die Geschäftsführung des institor möchte ich auf das bisher ganz unbeachtet gebliebene und von den Kompilatoren wohl übersehene fr. 37 § 1 D. 26,7 verweisen, wo deutlich zum Ausdruck gebracht ist, dass als Klage des Herrn gegen den institor einzig die actio negotiorum gestorum in Betracht kam.

In Verbindung mit dem Konkurse wird auf Grund des prätorischen Edikts in fr. 9 pr. D. 42,5 dem einzelnen Gläubiger, der für sich und seine Mitgläubiger die Konkursmasse verwaltet, und gegen ihn vom Prätor eine actio in factum gegeben. Hier haben wir es mit einem *nicht* autorisierten Geschäftsführer zu tun, gegen den eine actio negotiorum gestorum *nicht* angebracht war. Von den Kompilatoren wird diese doppelte actio in factum in fr. 9 § 4 und fr. 14 § 1 D. 42,5 fast als eine actio negotiorum gestorum empfunden (2). Obgleich sie aber die Aehnlichkeit des der actio in factum zu Grunde liegenden Tatbestandes mit demjenigen ihrer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht verkennen, können sie sich hier doch nicht dazu entschliessen, die actio negotiorum gestorum zu gewähren, weil es sich, wie sie sagen, um ein commune und nicht um ein alienum negotium handle. Diese Begründung ist jedoch nicht durchschlagend, denn die Kompilatoren selber lassen die actio negotiorum gestorum zuweilen mit der actio communi dividundo in Konkurrenz treten (3). Für das klassische Recht ist es wohl verständlich, dass der Gläubiger, welcher proprio motu für sich und andere handelt, nicht mit der actio negotiorum gestorum haften kann, weil er eben nicht, wie der

(1) c. 17 C. 2, 18 (19); c. 7 C. 5, 51; c. 2 pr. C. 5, 54; c. 26 § 1 C. 5, 37; Bas. Scholie bei Heimb. III, 731.

(2) Wlassak, *Zur Gesch. d. negotiorum gestio*, 189. Kohler, *Iher. Jahrb.* 25, 117.

(3) Auch im deutschen BGB wird die Geschäftsführung ohne Auftrag dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Gestor neben dem fremden zugleich ein eigenes Interesse verfolgt. Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, *Lehrb. d. bürgerl. Rechts*, 9. Bearb. Marburg, 1923, Bd. I, 2, 485.

Prokurator, der Kurator oder Institor, ein autorisierter Geschäftsführer ist.

Auch im *Vormundschaftsrecht* begegnet uns ein Fall, der geeignet ist, die Möglichkeit eines allgemeinen Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag für das klassische Recht in Frage zu stellen. Der Prätor gibt nämlich gegen denjenigen, der irrtümlich oder aus zureichendem Grunde pro tutore negotia gerit, eine besondere Klage, deren Formel auf die Worte « pro tutore negotia gerere » abgestellt gewesen sein muss. Wenn die actio negotiorum gestorum schon im klassischen Rechte das gewesen wäre, wozu die Kompilatoren sie stempeln, so hätte sie ja hier ohne weiteres Platz greifen müssen und eine besondere Klage wäre völlig überflüssig gewesen. Gerade diese konkret gefasste Klage mit ihrem formularen « pro tutore negotia gerere » bietet uns einen Beweis für den Mangel einer allgemein gehaltenen, ich möchte sagen farblosen Geschäftsführungsklage im klassischen Recht.

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen können wir wohl sagen, dass dem klassischen Recht der Begriff einer allgemeinen Geschäftsführung ohne Auftrag völlig fremd war, dagegen fehlt es ihm nicht an einzelnen ganz konkret gestalteten Fällen der Geschäftsführung. Es handelt sich dabei entweder um autorisierte Geschäftsführer, oder es sind bestimmte, dazu geeignete Personen tätig, welche zum Eingreifen in die Vermögens- oder Rechtssphäre eines andern berufen erscheinen, so z.B. bei der actio funeraria der nächste Angehörige des Verstorbenen, der nicht dessen Erbe ist, im Konkurse der in die bona des Schuldners eingewiesene Gläubiger, der ja auch selber interessiert ist, und im Vormundschaftsrecht der vom Erblasser inutiliter bestellte Vormund, der pro tutore die Geschäfte des Unmündigen führt.

Wenden wir uns nun wieder dem wichtigsten Falle der autorisierten Geschäftsführung, der Prokuratur, zu, und gehen wir zu der Frage über, wer einen Prokurator bestellen und wer als solcher bestellt werden kann. Einen Prokurator bestel-

len kann jeder, der Geschäftsfähigkeit besitzt, also auch Frauen (1), Haussöhne (2) und Sklaven (3). Sogar der Unmündige hat tutore auctore Geschäftsfähigkeit und kann daher mit Vollwort des Vormunds einen Prokurator bestellen (4). Selbstverständlich ist, dass auch der Prokurator Geschäftsfähigkeit besitzen muss, aber nicht jeder Geschäftsfähige kann Prokurator werden. Ausgeschlossen von der Prokuratur sind vor allem Frauen (5), Soldaten (6) und Sklaven (7).

Freilich kann auch der Sklave eine Vollmacht erhalten, die Geschäfte des Herrn zu führen (8), er wird aber nicht procurator genannt (9) und dritten Personen gegenüber nicht haftbar: diesen gegenüber haftet nur der Herr mit der actio de peculio et de in rem verso (10). Beim Haussohn, der die Geschäfte des abwesenden Vaters zu führen hat, verhält es sich etwas anders und zwar aus zwei Gründen: erstens ist er verpflichtungsfähig und zweitens hat er Partei- und Prozessfähigkeit, was beides beim Sklaven wegfällt. Natürlich hat der Haussohn dem Vater gegenüber keine actio negotio-

---

(1) CIL II 3437; VI 9449; VIII 8993; Cic. *pro Caec.* 5, 13-14; Martial, *Epigramm.* 5. 61; Seneca, *De matrim. frag.* XIII. 51. Firmic. Matern. *De mathesi* III, 6, 19; III 7, 15; IV 13, 1.

(2) fr. 33 pr. D. 3, 3: Servum quoque et filium familias procuratorem posse habere aiunt.

(3) Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

(4) fr. 24 pr. D. 26, 7; Frag. Vat. 326.

(5) fr. 2 pr. D. 50, 17; vgl. fr. 54 pr D. 3, 3 u. fr. 8 § 1 D. 2, 8.

(6) c. 5 C. 4, 6 (vgl. auch fr. 8 § 2 D. 3, 3; c. 4 C. 5 ,34).

(7) Der Sklave kann nur «actor absentis» sein. Fr. 21 D. 1, 18; fr. 32 § 1 D. 22, 1; fr. 94 § 3 D. 46, 3; c. 2 § 1 C. 8, 18 (19).

(8) Vgl. *Syr.-röm. Rechtsbuch Lond.* 30 (Par. 11, Ar. 12, R. I. 8, R. II 1-2, R. III 30) Bruns, *Syr.-röm. Rechtsbuch*, 201: «Dass man Sklaven zu jeder Art von Geschäftsführung bevollmächtigen konnte, ist ein allgemeiner Satz....

(9) Vgl. Hirschfeld, *Die kaiserl. Verwaltungsbeamten*[2], 412.[3]

(10) Bei der actio de peculio unterliegen bekanntlich die Schulden des Sklaven gegenüber dem Herrn, also auch die Schulden aus der Geschäftsführung, der deductio. Diese Regel gilt auch vom Haussohn, der Prokurator seines Vaters ist

rum gestorum, aber trotzdem wird er nachweislich und mit Recht als procurator bezeichnet (1), denn ungeachtet des Fehlens der genannten Klage hat er doch durchaus die Funktionen eines solchen. Sehr häufig wird der Freigelassene zum Prokurator bestellt (2). GAIUS sagt sehr treffend (1,19):

aut servum procuratoris habendi gratia.... manumittat. Der Freigelassene kann sich der Uebernahme der Prokuratur nicht entziehen (3), er steht noch in einem gewissen Abhängigkeits- und Dienstverhältnis zum Patron. Der Haussohn und der Freigelassene sind nicht procuratores voluntarii, sondern « necessitudine » zur Uebernahme der Prokuratur verbunden. Der procurator voluntarius (4), dem wir bei CICERO begegnen, ist keineswegs ein freiwilliger Geschäftsführer ohne Auftrag, wie manche meinen, sondern ein solcher, der, im Unterschiede vom Haussohn, Sklaven und Freigelassenen, auf Grund eines freien Willensentschlusses gemäss der Vollmacht des Herrn dessen Geschäfte zu führen bereit ist (5).

Der Prokurator wird, wie wir sahen, stets dem Kreise der Personen entnommen, welche dem Herrn auf Grund von Verwandtschaft oder sonstwie nahestehen. Das können wir auch daraus erschliessen, dass in den Quellen häufig betont wird, der Prokurator solle so handeln, wie es der Herr zu tun

---

(1) ORELLI, *Inscr. Lat.* I 2151; DESSAU *Inscr. Lat. Select.* I 1206. CIL X 1687; CIC. *pro Sex. Roscio* 7, 18; 15, 43, 44; *Syr.-röm. Rechtsbuch* Par. 11; fr. 34 § 1 leg. III; fr. 23 D. 4, 4, vgl. fr. 10 D. 5, 4 und fr. 90 D. 46, 3; P. Oxy. XII 1408, vgl. fr. 14 D. 2, 8.

(2) CIL V 1043, 4241, 4347, VI 1577, 1877 (Persicus lib. manumissus ad consilium procuratorio nomine), 9830, 9834, 9836, VIII 2922, 8993, IX 3375, X 106, 4746, XIV 2607.

(3) fr. 19 D. 37, 14: Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat vel res eius... administrare detrectat. HIRSCHFELD, a. a. O., 444. Vgl. auch fr. 49 D. 38, 1.

(4) Cic. Brut. 4, 17 (vgl. PAUL. I, 3, 3). Auch in Cic. *pro Caec.* 5, 14 müssen wir unter dem voluntarius amicus den Prokurator verstehen.

(5) c. 17 C. 2, 12 (13). Vgl. fr. 2 § 3 D. 42, 7.

gewohnt war (1). Mit dieser consuetudo des Herrn konnte doch nur ein Nahestehender, nicht aber ein Fremder vertraut sein. Die Tätigkeit des Prokurators ist also vielfach von den Gepflogenheiten des Herrn abhängig. Der Prokurator soll z.B. nicht ein *neues* Unternehmen beginnen (2), etwa ein neues Geschäft in die Wege leiten (3), — tut er es dennoch, so haftet er auch für casus ; oder wenn der Herr sein Geld nicht zu verleihen pflegte, kann auch der Prokurator dasselbe unverzinst liegen lassen (4), pflegte aber der Herr Geld gegen Pfandsicherheit zu verleihen, so soll der Prokurator das Gleiche tun (5). Mit einem Wort, der Prokurator hat sich auf die Intentionen und Interessen des Herrn einzustellen, seien sie nun wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur.

Vor allem müssen wir uns nun die Frage vorlegen, wozu der Prokurator kraft seines Amtes (officium) bevollmächtigt erscheint. Der Prokurator ist ein Vertrauensmann des Herrn, ausgestattet mit einem Komplex von rechtlichen Befugnissen, welche je nach dem Umfang der Vollmacht mehr oder weniger weit gefasst sind. Auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Prokurators einzugehen liegt nicht im Rahmen unserer Aufgabe. Im grossen und ganzen wird man wohl sagen können, dass der Prokurator dazu berufen ist, das Vermögen des Herrn zu erhalten und seine Rechte zu wahren (6). Er wahrt z.B. die Rechte des Herrn, wenn er durch ein Verbot oder einen Einspruch die Grundlage schafft zum interdictum quod vi aut clam (7) oder zur operis novi nuntiatio (8) ; indem er zur

(1) Cic. *pro Sex. Roscio* 15, 44 ; fr. 10 (11) D. 3, 5; fr. 34 § 1 D. leg. III (contra veterem consuetudinem).

(2) fr. 10 (11) D. 3, 5.

(3) fr. 10 (11) D. 3, 5 (vgl. fr. 20 (21) § 2 D. 3, 5 : nova tamen inchoare necesse mihi non est, vetera explicare ac conservare necessarium est)

(4) fr. 13 § 1 D. 22, 1.

(5) fr. 12 D. 13, 7.

(6) fr. 72 fin. D. 3, 3 : nam et hic pristinum ius nobis conservat.

(7) fr. 3 pr. D. 43, 24 ; Frag. Vat. 334 b ; fr. 17 D. 39, 1 ; fr. 17 D. 43, 24 (per quemvis itp. für per procuratorem).

(8) fr. 1 § 20, fr. 5 § 18 D. 39, 1 ; vgl. fr. 1 § 19 D. 39, 1 (iuris.... conservandi causa).

Sicherung von Ansprüchen oder zur Abwendung von Schaden die Bestellung prätorischer Kautionen verlangt (1), oder in Anbetracht der befristeten Haftung der sponsores und fidepromissores diese rechtzeitig einklagt (2). Er übt die Servituten für den Herrn aus (3), damit sie nicht durch Nichtgebrauch erlöschen, oder verhindert Ersitzungen durch rechtzeitige Erhebung der Eigentumsklage (4). Den abwesenden Herrn verteidigt er im Prozesse, um etwa einem Konkurse vorzubeugen (5), ergreift auch gegebenenfalls die gehörigen Massnahmen, um einen Zahlungsaufschub zu erwirken (6) oder den Verkauf der Pfandsache abzuwenden (7). Endlich macht er von der Fähigkeit Gebrauch, Schulden des Herrn zu bezahlen, wenn es gilt, den Verfall einer Konventionalstrafe zu verhüten (8).

Die rechtserhaltende und rechtswahrende Tätigkeit des Prokurators wird, abgesehen von der Vertretung des Herrn im Prozess in der Rolle des Klägers, ohne weiteres durch die Verwaltungsvollmacht gedeckt. Ohne dass eine Ratihabition des Herrn erforderlich wäre, kann der Prokurator mit liberierender Wirkung dessen Schulden bezahlen (9), eine Sti-

---

(1) fr. 1 § 4 D. 36, 3 ; fr. 39 § 3 D. 39, 2 ; fr. 20 D. 46, 8 u. a.

(2) Frag. Vat. 334 b ; vgl. fr. 1 § 21 D. 37, 9 ; fr. 5 § 2 D. 37, 10.

(3) fr. 12 § 2 D. 7, 1.

(4) fr. 1 § 4 D. 50, 4 vgl. fr. 1 § 21 D. 37, 9.

(5) fr. 1 D. 3, 5 ; fr. 2 § 2 D. 42, 4 ; fr. 7 § 1 D. 42, 4 (das prätorische Edikt hat wahrscheinlich so gelautet : Qui fraudationis causa latitabit aut absens boni viri arbitratu non defendetur... ; vgl. vor allem Gai. 3, 78 u. c. 4 C. 2, 50 (51).)

(6) Der Prokurator noviert z. B. die Schuld des abwesenden Herrn, « um den Gläubiger zu einem Zahlungsaufschub zu bewegen », vgl. THUR, *Actio de in rem verso*, 144.

(7) fr. 1 D. 3, 5 ; fr. 5 § 3 D. 3, 5 ; fr. 1 pr. D. 20, 6 u. fr. 37 D. 22, 1.

(8) fr. 1 D. 3, 5 ; fr. 12 (13) D. 3, 5.

(9) Dass der Prokurator für den Herrn zahlen kann, beweisen folgende Stellen : fr. 59 D. 3, 3 ; fr. 6 pr. D. 12, 6 ; fr. 87 D. 46, 3.

pulationsschuld des Herrn novieren (1) und ihn im Prozesse mit klagekonsumierender Kraft verteidigen (2). Als Geschäftsführer des Herrn ist er befugt, wenn die Umstände es erfordern, res nec mancipi zu veräussern (3), wobei wohl vor allem an Waren (merx), Früchte u. dergl. gedacht werden muss. Auch Darlehensaufnahme (4) und -Hingabe (5) im Interesse des Herrn ist ihm nicht verwehrt. Die gewöhnlichen Verkehrsgeschäfte des Lebens, wie Kauf (6), Verkauf (7), Miete (8) usw. kann er abschliessen, desgleichen den Besitz für den Herrn erwerben und mittels des Besitzerwerbes wohl auch das Eigentum an res nec mancipi (9). Der Besitzerwerb

---

(1) fr. 8 § 5 D. 46, 2 (quis und is itp. für procurator) : fr. 91 D. 46, 3 (die entscheidenden Worte haben ursprünglich so gelautet : immo debitorem tuum absentem etiam invitum per procuratorem eius liberare poteris, a quo debitum stipuleris) ; fr. 13 § 10 D. 46, 4 (aliquo itp.) ; fr. 72 § 2 D. 46, 3 (itp.) ; fr. 20 § 1 D. 17, 1 (handelte vermutlich von der novierenden sponsio des Prokurators) vgl. fr. 10 pr. D. 15, 3 (itp.).

(2) *Pseudo-Ascon. in divin.* 4, 11 p. 104 : qui defendit alterum in iudicio... dicitur aut procurator, si absentis negotium suscipit, aut cognitor... Cic. *pro Quinct.* 61 : qui locus ... absentis defendendi procuratori primus datus est? Cic. *ad fam.* 7, 32 : ...a te procuratore defenditur.

Frag. Vat. 317, 326 u. 330 ; Paul. I, 3, 5 ; fr. 43 §§4.6 D. 3, 3 ; fr. 8 D. 4, 1; fr. 39 D. 4, 6 ; fr. 36 § 1 D. 40, 5 ; fr. 7, fr. 10 D. 46, 7 ; fr. 1 § 15 fin. D.49, 4. Stintzing, *Ueber die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreit*, 44, sagt mit Recht : « Ein Defensor als von cognitor und procurator verschiedene Person ist erst eine Justinianische Erfindung » ohne auch nur im mindesten die Tragweite seines Ausspruches zu erfassen.

(3) Die Veräusserung der res nec mancipi durch Tradition war auch nur dann möglich, wenn sie, wie Gaius sich ausdrückt, ex negotiis ist, d. h. in den Bereich der laufenden Geschäfte fällt. Vgl. Gai. *Inst.* 2, 64 ; fr. 9 § 4 D. 41, 1 ; § 43 I. 2, 1.

(4) fr. 5 § 3 D. 3, 5 ; fr. 37 D. 22, 1 ; c. 1 C. 4, 35.

(5) fr. 9 § 8 D. 12, 1 (Wissenbach, *Emblem. Trib.* 1642, S. 36 u. Pacchioni, *Corso di dir. rom.* II, 182[2] beziehen diese Stelle mit Recht auf den Prokurator) ; fr. 126 § 2 D. 45, 1 ; c. 4 C. 4, 2.

(6) fr. 7 § 10 D. 6, 2 ; fr. 60 § 4 D. 17, 1 ; fr. 13 pr. D. 41, 1 ; fr. 47 D. 41, 3 ; Pap. Freib. II 9.

(7) fr. 60 § 4 D. 17, 1; fr. 42 D. 18, 1; fr. 14 § 4 D. 44, 3; Pap. Freib. II, 9.

(8); fr. 15 § 8 D. 19, 2 ; BGU I 300.

(9) So auch Mitteis, *Röm. Privatrecht*, 213. A. M. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, 51 fg.; vgl. aber fr. 13 pr. D. 41, 1 : si procurator rem mihi emerit [ex mandato meo] eiquè sit tradita meo nomine, dominium mihi, [id est proprietas], adquiritur [etiàm ignoranti]; fr. 20 § 2 D. 41, 1.

ist die einzige Erwerbshandlung, welche der Prokurator für den Herrn vornehmen darf (1). Rechte oder Ansprüche (actiones) (2) kann er für den Herrn im allgemeinen nicht erwerben. Dies ist auch der Sinn der Rechtsparömie «per extraneam personam nihil adquiri potest». Der Prokurator kann für die Tochter des Herrn eine dos bestellen und zwar in Form eines Stipulationsversprechens (3). Zu den Befugnissen des Prokurators gehört es ferner, dass er im Interesse des Herrn dritten Personen Mitteilungen zugehen lässt, z.B. den Schuldner des Herrn mahnt (4) oder dem Gläubiger des Herrn die Leistungsbereitschaft anzeigt (5); auch kann die Kündigung einer Gesellschaft, zu der der Herr als socius gehört, durch den Prokurator erfolgen (6).

Es liegt in der Natur der Sache, dass der überwiegende Teil der Tätigkeit des Prokurators von der Verwaltungsvollmacht gedeckt wird. Darüber hinaus und innerhalb gewisser Grenzen gibt es aber noch eine Betätigungsmöglichkeit für ihn, welche in ihren einzelnen Anwendungsfällen zu ihrer Rechtsbestän-

---

(1) Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, Leipzig, 1881. Kniep, *Vacua possessio*, 219-233. Mitteis, *Röm. Privatr.*, 212-213.

Das für den Besitzerwerb durch Dritte wichtige und vielumstrittene fr. 20 § 2 D. 41, 1 hat m. E. ursprünglich folgenden Wortlaut gehabt:

Si ego et Titius emerimus eaque Titio et meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per procuratorem omnium rerum possessionem quaeri posse.

M. a. W.: Titius ist weder mein Generalbevollmächtigter (Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, 77^2), noch mein Spezialbevollmächtigter (Mitteis, *Röm. Privatr.*, 212^{29}; Bruns, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter*, Tübingen, 1910, 17; Beseler, *Beitr. z. Kritik d. röm. Rechtsquellen* 4, 56), sondern eine von meinem Prokurator wohl zu unterscheidende Person.

(2) Arg. fr. 72 D. 3, 3: per procuratorem non [semper] adquirimus actiones; vgl. Frag. Vat. 334 b. Darum lässt es sich auch nicht annehmen, dass der Prokurator für den Herrn die Darlehnsklage erwerben konnte. Vgl. auch Beseler a. a. O. 4, 126 zu fr. 9 § 8 D. 12, 1.

(3) fr. 5 § 1 D. 23, 3.

(4) fr. 24 § 2 D. 22, 1; vgl. auch fr. 32 § 1 D. 22, 1.

(5) fr. 72 § 2 D. 46, 3 (quolibet itp. für procuratore).

(6) fr. 65 § 7 D. 17, 2.

digkeit eine nachfolgende Genehmigung des Herrn, die sog. Ratihabition erheischt.

Vor allem gehört hierher die Klage, die der Prokurator im Namen des Herrn anstellt. Obgleich er materiell alieno nomine handelt, wird er doch mit der Litiskontestation *selbst* Prozesssubjekt mit der Wirkung, dass der Beklagte *ihm* verurteilt wird und die actio iudicati *ihm* zusteht. Da aber der Prokurator die Klage des Herrn nicht zu konsumieren vermag, dieser also selbst nochmals klagen könnte, muss der Beklagte gegen die Gefahr einer Doppelkondemnation sicher gestellt werden und dies geschieht im Wege der sog. cautio de rato. Darunter haben wir zu verstehen das unter Zuziehung von Bürgen abgegebene Versprechen des Prokurators, dass der Herr sein Vorgehen genehmigen werde. Erfolgt die Ratihabition des Herrn so gilt die Klage als konsumiert (1). Bei Ausbleiben der Ratihabition innerhalb einer angemessenen Frist (2) wird die cautio de rato fällig.

Eine nicht unerhebliche Rechtsfolge, die für den procurator absentis eintritt, wenn er einmal für den Herrn klagend vorgegangen ist, besteht gemäss einer Bestimmung des prätorischen Edikts darin, dass er fortan den Herrn in sämtlichen gegen ihn angestrengten Prozessen zu verteidigen gezwungen ist (3). Dieser Zwang wird indirekt ausgeübt, insofern als dem Prokurator, der sich dieser Bestimmung nicht fügt, die denegatio actionis droht, falls er wiederum für den Herrn eine Klage anstellen will (4). Der Zweck der prätorischen Bestimmung über den Defensionszwang ist nicht ganz klar, könnte aber

---

(1) fr. 66 D. 3, 3 ; fr. 17 D. 46, 8 ; fr. 56 D. 5, 1 (itp.).

(2) fr. 13 D. 46, 3 = fr. 12 § 2 D. 46, 8.

(3) Das Defensionsrecht hat der Prokurator auf Grund seiner Vollmacht, die Defensionspflicht auf Grund seines von ihr übernommenen officium. Ueber den Defensionszwang vgl. Frag. Vat. 330, c. 5 C. 2, 12 (13), Paul. I, 3, 5. Aus Frag. Vat. 330 geht zur Evidenz hervor, dass in fr. 33 § 3 D. 3, 3 statt « quis » ursprünglich procurator gestanden hat.

(4) fr. 43 § 4 D. 3, 3 ; c. 5 C. 2, 12 (13) ; vgl. Paul. I, 3, 8 u. fr. 7 pr. D. 39, 1.

wohl darin bestehen, dass der Prokurator auf diese Weise zur Erfüllung seiner Pflichten gegenüber dem Herrn, soweit seine Prozesstätigkeit in Frage kommt, angehalten werden soll.

Zur Empfangnahme von Zahlungen seitens der Schuldner des Herrn ist der Prokurator wohl berechtigt, doch tritt die schuldtilgende Kraft erst mit der Ratihabition des Herrn ein (1). Bleibt aus irgendwelchen Gründen die Ratihabition aus, so hat der Schuldner, der nicht liberiert ist, eine Rückforderungsklage gegen den Prokurator, die condictio (2).

Die bonorum possessio, die nur innerhalb einer gewissen Frist erbeten werden konnte, wird in den Digesten Justinians entweder von dem zu der bonorum possessio Berufenen oder auch von einem *anderen*, «alius», erbeten. Das fr. 86 pr. D. 29,2 und c. 5 C. 4,35 sprechen dafür, dass, nach der Analogie des Besitzerwerbes, dieser «alius» im klassischen Recht niemand anders gewesen sein kann, als der Prokurator. So hätten wir den für das klassische Recht einzig richtigen Satz gewonnen, dass beim Erwerb der bonorum possessio nur der Prokurator, nicht aber ein beliebiger Dritter, den dazu Berufenen vertreten kann. Damit aber die auf Antrag des Prokurators vom Prätor gegebene bonorum possessio in Kraft trete, muss sie vom Herrn noch ratihabiert werden (3).

Auch beim Erwerbe des Universalfideikommisses genügt die Restitution desselben an den Prokurator des abwesenden Berechtigten an sich noch nicht, auch hier muss die Ratihabition des Fideikommissars hinzutreten (4).

Die Ratihabition wird in den Fällen entbehrlich, wo der Herr den Prokurator im voraus zur Vornahme einer gewissen Handlung ermächtigt hat, wie z.B. zur Empfangnahme von

---

(1) fr. 12 § 2 D. 46, 8; fr. 58 pr. D. 46, 3 (itp.).

(2) fr. 14 pr. D. 46, 3; fr. 14 D. 12, 4; fr. 22 § 1 D. 46, 8 u. a.

(3) fr. 86 pr. D. 29, 2; c. 5 C. 4, 35; fr. 16 D. 37, 1 (ab altero itp.); fr. 24 pr. D. 46, 8 (ab alio itp.) vgl. fr. 7 pr. D. 37, 1 u. fr. 7 D. 46, 8 (statt ignoranti hat ursprünglich wohl absenti gestanden).

(4) fr. 68 (66) § 1 D. 36, 1.

Zahlungen (1) oder zur Erbittung der bonorum possessio (2). Der Prokurator kann u.a. auch mandatu domini eine Auktion veranstalten und zwar unter Zuhilfenahme eines argentarius (3).

Unter Umständen kann der Herr dem Prokurator auch die Vornahme einer gewissen Handlung verbieten (4). Ueber die Folgen der Verletzung des Verbots scheinen die klassischen Juristen verschiedener Meinung gewesen zu sein.

An Formalakten kann der Prokurator überhaupt nicht teilnehmen, weder an der mancipatio (5), noch an der in iure cessio (6), noch an der cretio usw. (7). Darin ist ihm

---

(1) fr. 57 § 1 D. 12, 6.

(2) fr. 48 D. 29, 2.

(3) fr. 2 § 9 D. 41, 4, vgl. fr. 23 D. 34, 3.

(4) Vgl. fr. 40 D. 17, 1 (itp.), das schon wegen der inscriptio auf die Prokuratur bezogen werden muss und wohl so gelautet haben wird: Paulus libro nono ad edictum Si pro te absente (statt praesente) et vetante spoponderim (statt fideiusserim) iudicium negotiorum gestorum non est: sed quidam putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur. Vgl. hiermit c. 24 C. 2, 18 (19).

(5) So mit Recht Mitteis, *Röm. Privatr.*, 208, 235[104]. Die Veräusserung von res mancipi durch Tradition ist nur bei besonderer Einwilligung resp. Ermächtigung oder nachfolgender Genehmigung des Herrn dem Prokurator gestattet. Vgl. fr. 63 D. 3, 3 (itp.); fr. 41 § 1 D. 6, 1; fr. 14 § 4 D. 44, 3; c. 16 C. 2, 12 (13); c. 12 C. 4, 35.

(6) Die in iure cessio ist dem Prokurator absolut verschlossen. Als feierliche, freiwillige Legisaktio duldet sie keine Stellvertretung: fr. 123 pr. D. 50, 17; fr. 25 § 1 D. 1, 7; c. 3 C. 7, 1.

(7) fr. 90 pr. D. 29, 2 (Solazzi, Minore età 1912, 73[1] setzt mit Recht an Stelle des curator den procurator). Paulus hat hier von der cretio gehandelt.

Auch die acceptilatio ist als Formalakt dem Prokurator nicht zugänglich. Arg. fr. 3 D. 46, 4: per procuratorem nec liberari nec liberare quisquam (!) acceptilatione sine mandato potest. Mommsen streicht in dieser Stelle das « sine », Brissonius « sine mandato » und zwar beide aus textkritischen Erwägungen. M. E. sind die Worte « sine mandato » für das klassische Recht zu streichen, für das justinianische Recht aber nicht, da sie eine von den Kompilatoren beabsichtigte Interpolation darstellen. Sie wollen besagen, dass der Prokurator, der auf Grund eines Generalmandats tätig ist, noch eines Spezialmandats bedürfe, um eine acceptilatio vornehmen zu können. Vgl. fr. 60 D. 3, 3.

der Sklave überlegen, der als Erwerbsinstrument des Herrn diesem durch mancipatio und cretio erwerben kann, wenn auch nicht durch die in iure cessio, da ihm ja die Partei- und Prozessfähigkeit fehlt.

Im Gebiete des Staatsrechts kann der Prokurator den Herrn bei Deklarationem (professiones) aller Art vertreten. Das bezeugen sowohl die lex Iulia municipalis, als auch die beiden auf uns gekommenen Alimententafeln, die tabula Veleias und die tabula Baebianorum.

Im Strafprozesse ist weder auf Seiten des Anklägers noch auf seiten des Angeklagten eine Vertretung durch den Prokurator möglich (1).

Wenn die Prokuratur aus irgendwelchen Gründen ihr Ende erreicht, ist der Prokurator dem Herrn zur Rechenschaftsablegung verpflichtet (rationes reddere) (2). Diese Verpflichtung setzt notwendig eine Haftung für diligentia auf seiten des Prokurators voraus. Damit stimmt überein, dass, wenn die Rechenschaftsablegung dem Prokurator erlassen wird, wie dies z.B. in Form eines Liberationsvermächtnisses geschehen kann (3), zugleich auch die Haftung für Diligenz wegfällt, während die Haftung für dolus erhalten bleibt.

Fassen wir nun die wesentlichen Unterschiede zusammen, die zwischen der Prokuratur und dem Auftrag im klassischen Recht bestehen, so kommen wir zu folgendem Ergebnis :

1. Der Auftrag ist ein Konsensualkontrakt, der Prokuratur dagegen liegt kein Vertrag, sondern ein einseitiger Akt, die Vollmacht, zugrunde.

2. Gegenstand des Auftrags ist stets ein Einzelgeschäft,

---

(1) fr. 13 § 1 D. 48, 1 ; Nov. Val. III 35 § 1 ; c. 3 C. 9, 2 (eine interpolierte Stelle, die zugleich bezeugt, dass das Prinzip im justinianischen Recht durchbrochen ist).

(2) fr. 46 § 4 D. 3, 3 ; fr. 2 D. 3, 5 ; fr. 2 D. 49, 9 ; fr. 95, pr. D. 35, 2 (vgl. fr. 20 pr. D. 17, 1) ; § 1 I. 3, 27.

(3) fr. 8 § 6, fr. 19, fr. 23 D. 34, 3 ; fr. 72 § 3 D. 35, 1.

während die Prokuratur die Geschäftsführung im Ganzen erfasst (1).

3. Frauen können zwar Aufträge übernehmen (2), sind aber von der Prokurator ausgeschlossen.

4. Der Mandatar haftet nur für dolus und ist *nicht* zur Rechenschaftsablegung verpflichtet, der Prokurator hingegen haftet für dolus und culpa (diligentia) und unterliegt der Pflicht der Rechenschaftsablegung.

5. Der Auftrag ist ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, während bei der Prokuratur ein salarium möglich erscheint. Dieser Gehalt, der dem Prokurator für seine Mühewaltung gegeben wird und besonders im öffentlichen Rechte üblich ist, kann jedoch nur extra ordinem beigetrieben werden (3).

6. Aus der Geschäftsführung des Prokurators erwächst die actio negotiorum gestorum. Der Anspruch des Prokurators gegen den Herrn wird augenscheinlich mittels eines iudicium contrarium geltend gemacht. Aus dem Auftrage entspringt nur die actio mandati.

7. Terminologisch werden Prokuratur und Auftrag deutlich von einander geschieden.

II. — Die Prokuratur und die negotiorum gestio des justinianischen Rechts.

Im klassischen Recht standen das Mandat und die Geschäftsführung im Gegensatze zu einander, insofern als das Mandat speziellen Charakter trug, die Geschäftsführung aber generell geartet war. Im justinianischen Recht vollzog sich zwischen den beiden Instituten eine Annäherung : der Auftrag

(1) Darauf deuten auch die Ausdrücke, « negotia procurare » (Cic. ad fam. 12, 24 ; 13, 33, 43 ; fr. 34 pr. D. 17, 1) und « negotia curare » (l. Iulia municipalis, lin. 2 ; Cic. top. 17, 66 ; Ulp. 24, 19 ; § 31 I. 2, 20 ; fr. 17 §§ 2. 3 D. 35, 1).

(2) fr. 135 § 2 D. 45, 1 ; c. 2 C. 7, 10 ; c. 4 § 1 C. 3, 26.

(3) fr. 7, fr. 56 § 3 D. 17, 1 ; c. 1 c. 17 C. 4, 35 ; fr. 61 pr. § 1 D. 44,7 ; Pap. Freib. II 9.

konnte nunmehr auch auf die gesamte Geschäftsführung erstreckt werden und, umgekehrt, die Geschäftsführung auch auf die Führung eines einzelnen Geschäfts beschränkt sein. Sowohl die gesamte Geschäftsführung, als auch die Führung eines einzelnen Geschäfts können nun einerseits auf einen Auftrag zurückgehen (1), beide können aber auch ganz losgelöst von diesem sein und bilden dann die eigentliche negotiorum gestio, die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Kompilatoren betonen ausdrücklich, die Voraussetzung der negotiorum gestio bestehe darin, dass die Geschäftsführung, z.B. bei Abwesenheit des Herrn, *niemandem* anvertraut worden sei (2). Es liegt ihnen daran, die Freiwilligkeit der negotiorum gestio ganz besonders hervorzuheben (3). Dieser Ausgangspunkt, die Freiwilligkeit der Geschäftsführung (4), ist für die Betrachtung der negotiorum gestio im justinianischen Recht mass- und ausschlaggebend. Als Ersatz für die mangelnde juristische Grundlage, auf welche die Beziehung zwischen dem Herrn und dem freiwilligen Geschäftsführer zurückzuführen wäre, nehmen die Kompilatoren für die negotiorum gestio einen Quasikontrakt an. Dieser letztere wird begründet durch einen doppelten *animus*, den «animus gerendi (5) und den «animus recipiendi» (6), beide auf

---

(1) Man muss nunmehr unterscheiden eine procuratio omnium bonorum (fr. 20 § 1 D. 46, 2) und eine procuratio unius rei (fr. 1 § 1 D. 3, 3).

(2) fr. 5 pr. D. 44, 7 (itp.); § 1 I. 3, 27 (itp.); fr. 42 (43) D. 3, 5 (itp.), vgl. fr. 7 (8) pr. D. 3,5 (itp.); fr. 22 § 3 D. 46, 8 (itp.).

(3) fr. 3 § 10 D. 3, 5; fr. 24 pr. D. 4, 4; fr. 36 § 1 D. 5, 1; fr. 39 § 2 D, 26, 7; c. 20 pr. C. 2, 18 (19) u. a.

(4) Windscheid-Kipp, *Lehrb. d. Pandektenrechts*[8], § 430: «freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten». Code civil Art. 1372: «lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui».

(5) Vgl. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio* I.

(6) Die Lehre vom animus recipiendi ist bereits von Pringsheim (*Sav. Ztschr.* 42, 310 ff.) verdächtigt worden.

seiten des « negotiorum gestor » (1), während der Herr in der Regel von der Geschäftsführung nichts weiss und im Hinblick darauf in den Quellen häufig als « ignorans » bezeichnet wird (2). Das Interesse des Herrn, die utilitas (3), wurde bereits im klassischen Recht bei der Beurteilung der Geschäftsführung des Prokurators in Betracht gezogen und als wesentliches Moment gefordert.

Der negotiorum gestor wird von den heutigen Juristen gewöhnlich als ein menschen- oder verkehrsfreundlicher Geschäftsführer ohne Auftrag angesehen (4). Ganz im Gegensatze dazu bezeichnet ein holländischer Gelehrter dessen Tätigkeit mit dem Worte « indringerij » (5), welche jedoch unter Umständen berechtigt sein soll. Diese zwiespältige Auffassung des negotiorum gestor — einerseits als Eindringling, andererseits als wohlmeinender Freund — zeigt die ganze Haltlosigkeit dieses Begriffes : man weiss eben nicht

---

(1) fr. 24 pr. D. 49, 1 (itp.) ; vgl. fr. 64 D. 42, 1) ; c. 8 C. 5, 6 (itp.) ; vgl. Albertario, *Sav. Ztschr.* 33, 248) ; § 1 I. 3, 27; c. 24 pr. C. 2, 18 (19) ; *Bas. ed. Heimbach*, I p. 360, 401, III, p. 719.

Der Ausdruck « negotiorum gestor » ist dem klassischen Recht somit fremd. Dort gibt es überhaupt keinen negotiorum gestor als solchen, wohl aber procuratores, curatores, institores, die alle auf Grund ihrer Vollmacht negotia gerunt. Auch das klassischformulare « pro tutore negotia gerere » ist keineswegs zu verwechseln mit der freiwilligen Geschäftsführung, wie sie uns im justinianischen Recht begegnet.

(2) fr. 5 pr. D. 44, 7 ; § 1 I. 3, 27 u. a

(3) fr. 14 D. 2, 11 ; vgl. fr. 81 § 1 D. 45, 1.

(4) Köllner, Die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum 1856. (Vgl. hierzu Wlassak, *Zur Gesch. d. negotiorum gestio*, 145-146). Kohler, *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, Iher. Jahrb. 25, 1 fg. Rumpf, *Arch. f. d. ziv. Pr.*, Bd. 120, 184 spricht von einem « menschen- und verkehrsfreundlichen Geschäftsführer ohne Auftrag ».

(5) Engelenberg, *De neg. gest.*, Utrecht, 1859, S. 1 : « Jeder is meester van zijn eigen vermogen. Hij kan ... ieder ander, die zich ongevraagd in zijne belangen wil mengen, als een' indringer van zich afweren. » S. 5 : « welk onderscheid blijft er dan nog tusschen N. G. en indringerij over? »

Aehnlich Kniep, *Die mora des Schuldners* I, 206 : « Negotiorum gestor ist, wer sich um Dinge kümmert, die ihn nichts angehen. Nun behandelt allerdings das Recht diesen Aufdringling mit einer gewissen Duldsamkeit. » S. 215 : « doch hat das Recht durchaus keine Veranlassung diese menschenfreundlichen negotiorum gestores in der Weise zu begünstigen, dass sie aus lauter Menschenfreundlichkeit andere sollten elenden dürfen. »

recht, was man mit ihm anfangen soll. Auch die Scheidung zwischen echter und unechter Geschäftsführung in der heutigen Romanistik (1) kennzeichnet zur Genüge die hybride Natur der neugeschaffenen negotiorum gestio. Wenn die Römer eine solche Geschäftsführung in ihrem bürgerlichen Leben für möglich gehalten hätten, wären sie nicht das gewesen, was sie waren, nämlich vernünftige, auf ihren Vorteil bedachte Männer, welche eine unberufene Einmischung in ihre Angelegenheiten als culpa empfanden (2). Nicht einmal die direkte Stellvertretung wurde von ihnen zugelassen, wie viel weniger die « indringerij » !

Im justinianischen Recht treten uns, wie sich aus dem Gesagten ergibt, zwei grundlegende Neuerscheinungen entgegen :

1. ein neuer Prokuratorenbegriff und

2. die freiwillige Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) .

Der *Prokurator* ist im justinianischen Recht nicht mehr das, was er im klassischen Rechte war. Die Prokuratur wird jetzt ihres ursprünglichen Charakters völlig entkleidet. Sie wird von den Kompilatoren unter den Gesichtspunkt des Auftrags gebracht und dementsprechend in das Mandat als Auftrag einbezogen und eingeordnet (3). Im Verfolg dieses Gedankens werden nunmehr der Prokurator und der Beauftragte promiscue gebraucht und bilden einen einheitlichen

---

(1) Vgl. statt aller ZIMMERMANN, *Echte und unechte negotiorum gestio*, Giessen, 1873.

(2) fr. 36 D. 50, 17 : culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti.

(3) Die Wandlung, die sich damit vollzog, spiegelt sich deutlich wieder in zwei Stellen, welche mit einander in genetischem Zusammenhang stehen :

c. 4 C. Th. 2, 12 :	c. 21 § 1 C. 2, 12 (13) :
Procurator, licet maritus sit, id solum exsequi debet quod procuratio emissa praescripserit.	*Sin autem mandatum susceperit*, licet maritus sit, id solum exsequi debet, quod procuratio emissa praescripserit.

Der Prokurator ist also jetzt Mandatar im Sinne eines Beauftragten geworden, der mit der actio mandati haftet. So heisst es denn auch in dem sicher interpolierten fr. 6 § 1 D. 17, 1 :

Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit con-

Begriff (1). Hieraus erklärt sich auch, dass der cognitor, welcher von seinem Herrn beauftragt war ihn im Prozesse zu vertreten, sich in einen « procurator » verwandelt (2) und infolgedessen auch der cognitor in rem suam in einen « procurator in rem suam » (3) und die exceptio cognitoria in eine « exceptio procuratoria ». Der Sache nach läuft die Prokuratur des justinianischen Rechts auf eine Erweiterung des Auftragsverhältnisses hinaus, welche zugleich mit einer Verflüchtigung des Vollmachtsbegriffes verbunden ist. In der Kompilation wird der neue Prokurator « verus procurator » (4) genannt. Der dem Prokurator erteilte Auftrag kann entweder ein Generalauftrag oder ein Spezialauftrag sein, je nachdem ob das Mandat die Geschäftsführung im ganzen oder ein einzelnes Geschäft zum Gegenstande hat. Der Generalauftrag stimmt jedoch inhaltlich mit der alten Verwaltungsvollmacht des klassischen Prokurators nicht überein. Das zeigt sich einerseits darin, dass dem Prokurator des justinianischen Rechts manches zustand, was dem klassischen Prokurator nicht gestattet war. So konnte er z.B. im Namen seines Auf-

---

veniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur : nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit...

Dass nunmehr die actio mandati gegen den Prokurator zuständig ist, ersehen wir auch aus fr. 46 § 4 D. 3, 3 ; fr. 31, fr. 55 D. 17, 1 ; fr. 23 D. 34, 3 u. a.

In allen diesen Stellen ist die actio negotiorum gestorum von den Kompilatoren durch die Mandatsklage ersetzt worden.

(1) Vgl. *Code civil*, 1984 : « le mandat ou procuration est un acte... »

(2) So wird in pr. I. 4, 10 gesagt, dass die Prokuratoren aufgekommen seien, wenn die Herren verhindert waren zu prozessieren wegen Alters, Krankheit u. a. Gründe. Wenn man diesen Bericht mit dem des Auctor ad Herennium II, 13 zusammenstellt, so wird es deutlich, dass im justinianischen Bericht « procuratores » statt cognitores gesetzt worden ist.

(3) Auch Salpius (*Novation und Delegation*, 376) nimmt mit Recht an, dass das Aufkommen des procurator in rem suam mit dem erweiterten Prokuratorenbegriff zusammenhängt, aber S. erkennt den erweiterten Prokuratorenbegriff schon für das klassische Recht an, während ich ihn nur für das spätere, vielleicht erst justinianische Recht gelten lasse.

(4) fr. 56 D. 5, 1 ; fr. 1 § 9 D. 15, 4 ; fr. 13 pr. D. 16, 3 ; fr. 26 § 5 D. 17, 1 ; fr. 1 § 13 D. 43, 16 ; fr. 12 pr. D. 46, 3 u. a.

traggebers vollwirksam klagen, ohne zur cautio de rato verpflichtet zu sein (1); er konnte mit schuldtilgender Kraft Zahlungen entgegennehmen (2) oder eine Schuldforderung seines Auftraggebers ohne weiteres novieren (3). Andererseits sehen wir, dass gewisse Befugnisse, welche im klassischen Recht ausschliesslich dem Prokurator zugeeignet waren, im justinianischen Recht in subjektiver Hinsicht derartig verallgemeinert worden sind, dass sie jedermann zugänglich wurden, unabhängig davon, ob er einen Auftrag hatte oder nicht. Der Spezialauftrag kann sich auch auf die Vertretung im Prozess beziehen. Dann tritt der Prokurator an die Stelle des von den Kompilatoren beseitigten Kognitors (4).

Dem auf Grund eines Auftrags handelnden Prokurator steht eine Schar von freiwilligen Geschäftsführern gegenüber, die uns in der Kompilation unter den verschiedensten Bezeichnungen vorgeführt werden. Da finden wir den falsus procurator (5), der mitunter auch als quasi procurator (6), als non verus procurator (7), ja sogar als non procurator (8)

---

(1) fr. 12 D. 2, 14; fr. 58 D. 3, 3; fr. 56 D. 5, 1; fr. 11 § 7 D. 44, 2.

(2) fr. 6 § 2 D. 12, 6 (itp., denn vgl. den unverfälschten Celsus in fr. 71 §§ 1, 2, 3 D. 46, 3); fr. 12 pr. D. 46, 3 (itp.); fr. 34 § 3 D. 46, 3 (itp., denn vgl. den unverfälschten Julian in fr. 58 pr. D. 46, 3 u. fr. 12 § 2 D. 46, 8).

(3) fr. 58 D. 3, 3; fr. 20 § 1 D. 46, 2. Eine Novation im Sinne einer Aktivdelegation war im klassischen Recht nur möglich entweder iussu creditoris oder, wenn der neue Gläubiger zugleich Prokurator des alten war, auch mit nachfolgender Genehmigung des Herrn. Arg. Paul. V, 8, 1; fr. 22 D. 46, 2 (itp. quis statt procurator) vgl. fr. 8 § 5 D. 46, 2 u. c. 4 C. 8, 41 (42).

(4) In den Digesten muss der «procurator datus ad agendum» resp. «ad defendendum» stets auf den cognitor bezogen werden.

(5) fr. 14 D. 12, 4; fr. 3 pr. § 1, fr. 12 § 1 D. 46, 8; fr. 81 (80) §§ 5, 6, 7, D. 47, 2; c. 8 C. 4, 5; c. 19 C. 6, 2 u. a.

(6) fr. 65 D. 3, 3; fr. 57 D. 5, 1; fr. 5 § 10 D. 14, 3; fr. 49 D. 17, 1; fr. 8 D. 18, 5; fr. 15 § 8 D. 19, 2; fr. 20 § 2 D. 41, 1; fr. 54 § 3 D. 41, 1; fr. 18 § 8 D. 49, 14.

(7) fr. 12 § 4 D. 46, 3.

(8) fr. 12 § 1 D. 46, 3.

erscheint, den defensor (1), den sog. expromissor (2) und den amicus (3), ferner einen zur Geschäftsführung sich Erbietenden (4), und schliesslich einen ganz unbestimmt gehaltenen quis (5), alius (6), quisquam usw. (7): sie alle drängen sich herzu, um die Geschäfte eines andern zu besorgen, der von ihrer menschenfreundlichen Tätigkeit in der Regel nichts weiss, ja, unter Umständen auch nichts wissen will. Der « Geschäftsherr » (8), der frühere dominus, steht dieser negotiorum gestio wehrlos gegenüber, soweit er nicht durch Weigerung der Ratihabition hemmend einzugreifen vermag.

Die Ratihabition wird im justinianischen Recht augenscheinlich ausser Beziehung zur Prokuratur gesetzt. Der Prokuratorenbegriff erschöpft sich im Auftrage ; alles, was den

---

(1) Das Wort defensor braucht nicht immer interpoliert zu sein, der freiwillige Defensor ist es immer. Die freiwillige defensio begegnet uns in folgenden Stellen : fr. 46 D. 4, 4 ; fr. 18 § 5 D. 49, 17 ; c. 2 C. 2, 3 ; c. 1 C. 5, 63 u. a. Auch der Titel D. 3, 3 de procuratoribus *et defensoribus* ist zu beanstanden.

(2 Gemeint ist hier nicht der auf Weisung des bisherigen Schuldners, sondern der aus eigenem Antrieb an Stelle des alten eintretende neue Schuldner. Vgl. WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten*[8] II, 470. Vgl. fr. 45 § 2 D. 17, 1 ; fr. 8 § 5 fin. D. 46, 2 ; fr. 91 D. 46, 3 ; fr 13 § 10 D. 46, 4.

(3) fr. 30 (31) pr. § 2 D. 3, 5 ; fr. 1 pr. D. 20, 6 ; fr. 33 D. 41, 2 u. a.

(4) In den Quellen heisst es : negotiis (gerendis) se offerre. Arg. fr. 3 § 9 D. 3, 5 ; fr. 36 § 1 D. 5, 1 ; fr. 25 § 2 D. 44, 2 ; fr. 5 pr. D. 44, 7 (vgl. § 1 I. 3, 27) ; fr. 34 § 4, fr. 58 pr. D. 46, 3 ; fr. 54 (53) § 3 D. 47, 2 ; vgl. auch Paul. I, 3, 3.

(5) fr. 2, fr. 3 pr. § 1 fr. 22 (23), fr. 24 (25) D. 3, 5 ; § 1. I. 3, 27 ; fr. 5 pr. D. 44, 7 ; fr. 8 § 5, fr. 22 D. 46, 2 ; fr. 40 D. 46, 3 u. a.

(6) fr. 17 (18) D. 3, 5 ; fr. 12 § 2 D. 7, 1 ; vgl. fr. 7 § 10 D. 6, 2 ; fr. 2 § 11 D. 18, 4 ; fr. 15 § 8 D. 19, 2 ; fr. 5 § 1 D. 23, 3 ; fr. 11 D. 36, 3 ; fr. 72 § 2 D. 46, 3 ; fr. 24 pr. D. 46, 8. Vgl. auch den klassischen Prokurator neben dem alius in fr. 7 § 10 D. 6, 2 ; fr. 2 § 11 D. 18, 4 ; fr. 15 § 8 D. 19, 2 ; fr. 5 § 1 D. 23, 3.

(7) fr. 2 § 1 D. 2, 9 ; fr. 41 D. 3, 3 ; fr. 14 § 1 D. 49, 1. Ferner aliquis : fr. 15 (16), fr. 21 (22) D. 3, 5 ; fr. 13 § 10 D. 46, 4.

Quisque : § 1 I. 3, 27 ; fr. 38 (39) D. 3, 5 ; fr. 53 D. 46, 3.

Quilibet : fr. 72 § 2 D. 46, 3.

Quivis : fr. 17 D. 43, 24.

(8) Dominus negotiorum oder dominus rei gestae. Vgl. § 1 I. 3, 27

Auftrag überschreitet, fällt aus dem Rahmen der eigentlichen Prokuratur heraus.

Der Prokurator, der die Geschäfte seines Auftraggebers besorgt, handelt entweder als beauftragter Geschäftsführer, oder aber, wenn es sich um Dinge handelt, welche unabhängig von einem Auftrage « jedermann » gestattet sind, als blosser negotiorum gestor. Einerseits ist also der Prokurator in seiner Tätigkeit ein beauftragter Geschäftsführer, andererseits rangiert er auch unter den Begriff des « jedermann ». Im ersten Falle wäre die actio mandati, im zweiten die actio negotiorum gestorum zuständig. Nimmt der Prokurator z.B. Zahlungen entgegen, so kann er nötigenfalls mit der actio mandati belangt werden, zahlt er aber eine fremde Schuld, worunter auch die Schuld des Herrn einbegriffen wäre, so hat er, — wie jedem Schuldner, so auch diesem gegenüber — streng genommen nur die actio negotiorum gestorum, d.h. die Klage aus der freiwilligen Geschäftsführung. Im klassischen Recht gab es nur eine einheitliche Geschäftsführung, nämlich die des bevollmächtigten Prokurators mit dem einzigen Rechtsmittel der actio negotiorum gestorum, — im justinianischen Recht dagegen beruht die Geschäftsführung bald auf Mandat, bald auf der Freiwilligkeit ihrer Vornahme (negotiorum gestio), zuweilen verschwimmt auch beides in einander. Darum geben die Kompilatoren hin und wieder beide Klagen zur Auswahl, die actio mandati und die actio negotiorum gestorum (1). Wird die freiwillige Geschäftsführung ratihabiert, so soll diese nachträgliche Genehmigung mit rückwirkender Kraft dem Mandat gleichgeachtet werden (2) und die actio mandati zuständig sein (3). Wo eine Ratihabition bei der freiwilligen

(1) fr. 31 pr. D. 3, 3 ; fr. 16 (17), fr. 27 (28) D. 3, 5 ; fr. 20 pr. D. 11, 1 ; fr. 17 pr. D. 15, 3 ; fr. 51 § 1 D. 21, 1 ; fr. 62 D. 46, 3 ; c. 8 C. 3, 32.

(2) c. 25 § 2 C. 5, 16 ; fr. 16 § 1 D. 20, 1.

fr. 12 § 4 D. 46, 3 ; fr. 1 § 14 D. 43, 16 (= fr. 152 § 2 D. 50, 17) ; fr. 3 § 2 D. 46, 7 (vgl. Gai. 4, 84).

(3) fr. 60 D. 50, 17 (itp.), vgl. fr. 8 § 9 D. 3, 5 (erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio).

Geschäftsführung nicht gefordert wird, da ist folgerecht nur die actio negotiorum gestorum möglich.

Wenn die These richtig ist, dass der freiwillige Geschäftsführer ohne Auftrag erst dem justinianischen Recht angehört, so ist es klar, dass überall, wo er uns begegnet, ein Eingriff der Kompilatoren vorliegt. Für die Erkenntnis der Interpolationen ist es geradezu ein Glück, dass die Kompilatoren sie nicht immer konsequent durchführen. Es bleibt fast immer noch eine von ihnen übersehene Stelle übrig, die uns zur Quelle der richtigen Erkenntnis des klassischen Rechts wird. So gibt es Quellenstellen, wo die Tätigkeit des Prokurators ganz unbefangen als ein negotia gerere hingestellt wird (1), und andere, wo er mit der actio negotiorum gestorum haftbar gemacht wird (2). Hierin liegt eine gewisse Unausgeglichenheit der Kompilation, welche zugleich ein Streiflicht auf die klassische Prokuratur wirft. Wenn die Kompilatoren konsequent gewesen wären, so hätten sie hier den procurator zum falsus procurator stempeln müssen oder an Stelle der actio negotiorum gestorum die actio mandati setzen. Diese Unausgeglichenheit wird uns zu einem unschätzbaren Interpolationskriterium bei der Beurteilung anderer Stellen. Es kann so ein einmaliges Redaktionsversehen von seiten der Kompilatoren diese einer ganzen Reihe von Interpolationen an anderen Stellen überführen.

Dem Prokurator wird im Corpus iuris zuweilen noch hinzugesellt ein «is qui negotia gerit» (3). Wozu das? Der eine ist der Geschäftsführer auf Grund eines Auftrags und der andere der freiwillige Geschäftsführer ohne Auftrag. So erhalten wir statt des *einen* klassischen Prokurators im justinia-

(1) fr. 33 pr., fr. 46 § 4 D. 3, 3; fr. 50 pr. D. 17, 1; fr. 8 § 6 D. 34, 3; fr. 18 § 8 D. 49, 14.

(2) fr. 50 pr. D. 17, 1; fr. 3 D. 27, 3; fr. 8 § 6 D. 34, 3. Vom Standpunkte des klassischen Rechts ist das durchaus richtig, mit den Gedankengängen der Kompilation aber nicht vereinbar.

(3) fr. 34 § 7 D. 18, 1; fr. 24 § 2 D. 22, 1; fr. 3 § 2 D. 15, 3; fr. 2; § 9 D. 41, 4 u. a.

nischen Recht zwei Geschäftsführer: den Geschäftsführer kraft Auftrags und den Geschäftsführer ohne Auftrag. Die gleiche Dublette haben wir im justinianischen Recht bei dem «unum negotium» (1); an die Stelle des *einen* klassischen Beauftragten, des Mandatars im technischen Sinne, treten nunmehr der Geschäftsbesorger kraft Auftrags und der freiwillige Geschäftsbesorger ohne Auftrag.

Entsprechend dem allgemeinen Charakter der negotiorum gestio ist auch die Verwendung der sie betreffenden Klage in der Kompilation eine sehr weitgehende. Die freiwillige Geschäftsführung des justinianischen Rechts erfasst mit Vorliebe Einzelgeschäfte und aus dem «negotia gerere» wird dann ein «negotium gerere» (2). Dadurch entsteht eine Menge typisch gesonderter Einzelfälle der Geschäftsführung und zugleich die Möglichkeit der Konkurrenz der actio negotiorum gestorum mit anderen, auf diese Fälle besonders zugeschnittenen Klagen. Zuweilen beschränken sich die Kompilatoren darauf, eine solche Klagenkonkurrenz ohne weiteres zu gestatten. Oft aber halten sie diese Konkurrenz für nicht angängig und, um der actio negotiorum gestorum Raum zu geben, erklären sie die andere Klage für nicht zuständig unter dem Vorwande eines von ihnen selbst erdachten fehlenden Requisits, oder auch ohne den Versuch einer sachlichen Begründung. Die actio negotiorum gestorum tritt somit zuweilen als Konkurrenzklage auf, in den weitaus meisten Fällen aber gestaltet sie sich zu einer subsidiären Klage (3),

(1) fr. 7 pr. D. 3, 6; fr. 7 § 10 D. 6, 2; fr. 2 § 11 D. 18, 4; fr. 24 § 2 D. 22, 1; fr. 5 § 1 D. 23, 3; fr. 1 pr. D. 49, 5.

(2) Vgl. fr. 3 § 2, fr. 14 (15), fr. 15 (16) D. 3, 5; fr. 14 D. 2, 11 (vgl. fr. 81 § 1 D. 45, 1); fr. 7 pr. D. 3, 6; fr. 66 § 3 D. 21, 2; fr. 2 § 11 D. 18, 4; fr. 24 § 4 D. 24, 3; fr. 39 § 2 D. 26, 7; fr. 1 pr. D. 49, 5; fr. 7 § 10 D. 6, 2; fr. 12 § 2 D. 7, 1; fr. 5 § 1 D. 23, 3; fr. 24 § 2 D. 22, 1; fr. 47 D. 24, 1; fr. 64 pr. D. 24, 3; fr. 5 § 4 D. 44, 4; c. 10, 12,16, 18, 20 pr. 22 C.2, 18 (19).

(3) Arg. fr. 31 (32) § 1 D. 3, 5 (itp. quia mandati vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur); fr. 19 § 2 D. 10, 3 (itp. sed negotiorum gestorum agendum); fr. 1 § 6 D. 27, 5 (itp. sed erit negotiorum gestorum actio). Vgl. Wlassak, *Zur Gesch. d. neg. gestio*, 149. Peters, *Sav. Ztschr.* 32, 245. Riccobono, *Sav. Ztschr.* 34, 205[1].

die überall da einspringt, wo eine andere Klage aus irgendwelchem Grunde nicht oder nicht mehr zuständig erscheint. Auf diese Weise wird die actio negotiorum gestorum einer ganzen Reihe von Klagen nahe gerückt, mit denen sie im klassischen Recht nichts gemein hatte, so der actio mandati, der condictio (1), der hereditatis petitio (2), der actio familiae erciscundae (3), der actio communi dividundo (4) usw. Sogar mit Deliktsklagen konkurriert die actio negotiorum gestorum (5). Aber damit nicht genug, mit der actio negotiorum gestorum operiert man auch da, wo früher überhaupt keine Klage gegeben wurde. So vor allem, wo es sich um ein Retentionsrecht handelt. Im klassischen Recht wurde in gewissen Fällen, so insbesondere bei der Dotalklage, der hereditatis petitio und der rei vindicatio dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gewährt, das in Form der exceptio doli (sc. generalis) oder eines blossen Einwandes in iudicio vor allem den Ersatz von Aufwendungen indirekt erzwingen sollte. Im justinianischen Recht greift man auch hier aushilfsweise zur actio negotiorum gestorum (6), bei der Dotalklage wird das Retentionsrecht durch die Konstitution Justinians c. un. C. 5,13 sogar ganz ausser Kraft gesetzt.

Das Gebiet der freiwilligen Geschäftsführung des justinianischen Rechts muss ein sehr ausgedehntes gewesen sein.

---

(1) fr. 28 § 4 D. 12, 2 ; fr. 5 D. 44, 2. Beide Stellen sind im Hinblick auf fr. 9 pr. D. 12, 1 als interpoliert zu bezeichnen. Vgl. auch PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Roscio Com.* (1904), 72.

(2) fr. 10 D. 5, 4 ; c. 20 C. 3, 36.

(3) c. 18 § 1 C. 3, 36 ; fr. 41 D. 12, 1 ; fr. 25 § 16 D. 10, 2.

(4) fr. 6 § 2 D. 10, 3 ; fr. 39 (40) D. 3, 5 ; vgl. auch fr. 30 (31) § 7 D. 3, 5 u. fr. 14 § 1 D. 10, 3.

(5) c. 5 C. 9, 33 vgl. mit fr. 31 D. 17, 1.

(6) Ersatz des Retentionsrechts durch die actio negotiorum gestorum bei der Dotalklage : c. un. C. 5, 13 ; fr. 12 D. 25, 1 (itp. der Schlusssatz : « alioquin negotiorum gestorum potius quam de dote iudicium videbitur ») ; bei der hereditatis petitio : c. ult. § 1c C. 3, 31 ; fr. 50 § 1 D. 5, 3 (itp. SEGRÈ, *Studi in onore di B. Brugi*, 407), vgl. für das klassische Recht fr. 33 D. 12, 6 ; bei der rei vindicatio : c. 10 C. 2, 18 (19), vgl. für das klassische Recht fr. 54 (53) § 4 D. 47, 2 ; c. 5 C. 7, 34.

Wenn wir von den Rechtsgeschäften des Familienrechts, z.B. der Eheschliessung, der Adoption und dergl. mehr, wie auch der Errichtung eines Testaments absehen, scheint das Eingreifen des negotiorum gestor fast keine Schranken gekannt zu haben. Dieses tritt auch darin zutage, dass sogar bei Nichtvorhandensein des animus gerendi (1) die actio negotiorum gestorum von den Kompilatoren als möglich angesehen wird.

Im Titel de negotiis gestis sowohl der Digesten als auch des Codex wimmelt es von Interpolationen der verschiedensten Art, die den Zweck verfolgen, einer weitgehenden Anwendung der freiwilligen Geschäftsführung ohne Auftrag die Wege zu ebnen. Dazu dienen :

1. Die Lehre vom doppelten animus des Geschäftsführers, wobei ein Irrtum in der Person des dominus irrelevant ist. Die Klage gebührt dann natürlich dem wahren Geschäftsherrn resp. richtet sich gegen ihn.

2. Die Lehre vom nicht wissenden Geschäftsherrn.

3. Die Lehre vom Bürgen als blossem Geschäftsführer (2).

4. Die Lehre vom Drittzahler. In Zusammenhang damit steht auch die Lehre von jedem beliebigen Dritten, der als defensor im Prozesse auftreten oder als sog. expromissor die Schuld eines andern übernehmen kann.

5. Die Zulassung von Frauen zur Geschäftsführung (3).

6. Die von den modernen Juristen sog. unechte negotiorum gestio. Hierher gehört vor allem die unredliche Geschäfts-

---

(1) fr. 48 (49) D. 3, 5 (itp.). Vgl. Ferrini, *Bull. dell'Ist.* 7, 109 ; Segrè, *Studi in onore di B. Brugi*, 407.

(2) fr. 4 D. 3, 5 ; fr. 31 (32) pr. D. 3, 5 (vgl. fr. 2 D. 20, 1) ; fr. 20 § 1, D. 17, 1 ; fr. 4 pr. D. 46, 1. Die Regressklage des Bürgen ist im klassischen Recht nie die actio negotiorum gestorum, sondern stets die actio mandati.

(3) Wenn in klassischen Stellen (wie z. B. in fr. 30 (31) § 6 ; fr. 33 (34) D. 3, 5 ; fr. 88 D. 46, 3 vgl. hierzu Samter, *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*, 50, u. c. 24 C. 4, 32) Frauen für andere Geschäfte führen, so ist zu beachten, dass sie nur pro tutore negotia gerere konnten. Vgl. c. 1 C. 5, 45 : Etiam mulieres, si res pupillares pro tutore administraverunt, ad praestandam rationem tenentur.

führung im eigenen Interesse (1), also nicht im Interesse des Geschäftsherrn.

7. Die actio negotiorum gestorum als Konkurrenzklage oder als subsidiäre Klage.

8. Die gelegentliche Ersetzung des Retentionsrechts durch die actio negotiorum gestorum.

9. Die gelegentliche Ersetzung der actio funeraria durch die actio negotiorum gestorum (2).

10. Die Führung von Erbschaftsgeschäften als Ab- und Unterart der negotiorum gestio (3). Die actio negotiorum gestorum aus der Führung von Erbschaftsgeschäften ist mit einer anderen Lehre des justinianischen Rechts eng verknüpft, nämlich mit der, dass die Erbschaft selbst personifiziert wird, d.h. domina ist (4), wie auch mit der, dass die Erbschaft nicht nur den Verstorbenen, sondern sogar auch den Erben repräsentiert (5).

So weitherzig wie im Hinblick auf den Gegenstand der negotiorum gestio sind die Kompilatoren auch bezüglich der Person des negotiorum gestor: jedermann kann negotiorum gestor sein, und zwar nicht nur Männer, sondern auch Frauen. Emphatisch erklären die Kompilatoren in fr. 3 § 1 D. 3,5:

nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur.

---

(1) Mit Pampaloni, *Bull. dell'Ist.* 20, 222[6], nehme auch ich an, dass in fr. 5 § 5 D. 3, 5 der Satz « sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione » interpoliert ist. Schon « immo magis » weist darauf hin: bei den Klassikern ungebräuchlich, kommt es in justinianischen Konstitutionen öfters vor; vgl. c. 4 §7 C. 2, 55 (56); c. un. § 13 b C. 5, 13; c. 13 § 1 C. 5, 51; c. 14 § 2 C. 6, 24; c. 3 pr. C. 8, 33 (34).

(2) c. 13 C. 2, 18 (19); vgl. fr. 14 § 7 D. 11, 7; fr. 14 § 13 fin. D. 11, 7 · et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget (itp. Longo).

(3) fr. 21 (22) D. 3, 5 (itp.) u. a.

(4) Di Marzo, *Sulla dottrina romana dell' eredità giacente* (in Studi di dir. rom. etc. in onore di V. Scialoja, vol II), 51-68.

(5) fr. 22 D. 41, 3 (itp.); fr. 24 D. 46, 2 (itp.). Statt aller vgl. Kaden, *Sav. Ztschr.* 44, 208.

Sehen wir nun von dem gewiss nicht häufig vorkommenden Falle der die gesamte Vermögensverwaltung umfassenden Geschäftsführung ohne Auftrag ab, und liegt es auch nicht im Rahmen unserer Aufgabe, alle in den Quellen erwähnten einzelnen Fälle der negotiorum gestio einer Betrachtung zu unterziehen, so möchte ich doch nicht unterlassen einige besonders in die Augen fallende Eingriffe des negotiorum gestor in die Privatsphäre seines Nächsten herauszuheben.

Es kann z.B. als negotiorum gestor *jedermann* und zwar *ohne Ratihabition* eine fremde Schuld mit den Schuldner befreiender Wirkung zahlen, auch ohne Wissen, ja wider den Willen des Schuldners (1). Das ist die im justinianischen Recht anerkannte Zulassung eines Drittzahlers der Obligation· welcher von jeher die Aufmerksamkeit der Romanisten auf sich gezogen hat.

Ferner kann jedermann eine fremde Schuld mittels Novation freiwillig, ohne iussus, übernehmen, sogar gegen den Willen des Schuldners (2). Das ist der Hauptfall der expromissio des justinianischen Rechts.

Endlich kann jedermann im Prozesse ohne weiteres die Rolle des Verteidigers des Beklagten auch gegen dessen Willen auf sich nehmen (3). Das ist der vom Prokurator zu scheidende defensor des justinianischen Rechts.

Die drei genannten Akte, Zahlung, Schuldübernahme und Verteidigung im Prozesse durch einen Dritten, stehen in einem inneren Zusammenhange und bilden gleichsam eine

---

(1) fr. 38 (39) D. 3, 5 ; fr. 44 D. 12, 6 ; fr. 23, fr. 40, fr. 53 D. 46, 3 ; pr. I. 3, 29 ; fr. 1 § 24 D. 14, 1 ; fr. 31 D. 46, 1 ; c. 5 fin. c. 17 C. 8, 42 (43) u.a. Da nun jeder Dritte ohne Vertreter des Schuldners zu sein dessen Schuld zahlen kann, so ergibt sich für den Gläubiger die Unzuträglichkeit, dass er, sobald er die von dem Dritten angebotene Leistung zurückweist, dem Schuldner gegenüber in Annahmeverzug gerät (fr. 72 § 2 D. 46, 3 ; vgl. c. 9 § 4 C. 5, 14).

(2) fr. 45 § 2 D. 17, 1 ; fr. 8 § 5 fin. D. 46, 2 ; fr. 72 § 2, fr. 91 D. 46, 3 ; fr. 13 § 10 D. 46, 4.

(3) fr. 23 D. 46, 3.

defensio im weiteren Sinne. Das spricht sich auch aus in fr. 10 fin. D. 26,7, wo es heisst : sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur. Was das klassische Recht nur dem Prokurator gestattete, das gilt im justinianischen Recht für jedermann.

Mit nachfolgender *Ratihabition* kann jedermann als negotiorum gestor für einen andern mit der cautio de rato klagen (1), er kann unter der gleichen Voraussetzung für ihn Zahlungen empfangen (2), eine Schuldforderung novieren (3), die bonorum possessio erbitten (4) u.a.m.

Der Besitzerwerb und der dadurch vermittelte Eigentumserwerb ist jetzt durch eine libera persona, d.h. durch jedweden freien Vertreter möglich. In der Regel vollzieht er sich auf Grund eines Auftrages, ist der Vertreter jedoch ein blosser negotiorum gestor, so ist allem Anscheinnach eine Ratihabition erforderlich (5).

Zur Veranschaulichung des gegenseitigen Verhältnisses der Prokuratur, des Auftrags und der negotiorum gestio möge folgendes Schema dienen :

Klassisches Recht.

Prokurator	*Mandatar*
mit genereller Vollmacht	mit speziellem Auftrag
actio negotiorum gestorum	actio mandati

(1) fr. 56 D. 5, 1 (itp.; vgl. dagegen für das klassische Recht fr. 23 fin. D. 46, 8 : hic autem, qui procurator non est, nec actionem nec petitionem habere intellegendus est).

Möglicherweise muss dieses Klagerecht auf den Kreis der nächsten Angehörigen eingeschränkt werden ; vgl. fr. 7 (8) pr. D. 3, 5 ; fr. 40 § 4 ; fr. 41 D. 3, 3 ; fr. 3 § 3 D. 46, 7 ; c. 12 pr. c. 21 pr. C. 2, 12 (13).

(2) Vgl. D. 46, 3 passim.

(3) fr. 22 D. 46, 2.

(4) fr. 16 D. 37, 1 ; fr. 24 pr. D. 46, 8 u. a.

(5) fr. 42 § 1 D. 41, 2 ; Paul. V, 2, 2 ; fr. 23 (24) D. 3, 5.

Justinianiches Recht.

Prokurator	*Negotiorum gestor*
(ἐντολεύς, mit Auftrag)	(ohne Auftrag)
generell oder speziell	generell oder speziell
actio mandati	actio negotiorum gestorum

Obgleich ich mir nicht verhehle, dass die Interpretation der Quellenstellen noch manche Schwierigkeiten übrig lässt, glaube ich doch dem Geiste der klassischen Jurisprudenz gerecht geworden zu sein, indem ich der auf dem Auftrage beruhenden Prokuratur und der Geschäftsführung ohne Auftrag des justinianischen Rechts gegenüberstelle die klassische Prokuratur, die, auf der Vollmacht, nicht auf dem Auftrag beruhend, zugleich die Geschäftsführung κατ' ἐξοχήν ist.

Nur durch die Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter war es möglich, dass die in ihrer Anwendung ins Ungemessene gehende negotiorum gestio des justinianischen Rechts im sog. gemeinen Recht und schliesslich auch in den neuzeitlichen Kodifikationen sich Eingang verschaffte. Der mit der negotiorum gestio in Verbindung stehende Satz, dass jedermann ohne weiteres eine fremde Schuld durch Zahlung tilgen könne, hat einen förmlichen Siegeszug in die modernen Gesetzbücher gehalten (1). Dass dieser Satz einem praktischen Bedürfnisse entgegengekommen wäre, lässt sich wohl kaum behaupten.

Von höchstem Interesse ist es, dass dem englischen Common law das Institut der freiwilligen Geschäftsführung, wie auch der Satz, dass jedermann ohne weiteres eine fremde Schuld zahlen könne, fremd geblieben ist. Das englische Recht macht

(1) *Preuss. Allg. Landr.* I. 16 tit. Artt. 43, 45; *Code civil*, Artt., 1236. 1237; *Codice civile del Regno d'Italia*, Artt., 1238, 1239; D. BGB § 267; *Schweiz. Obligationenrecht*, Artt. 68, 110. Vgl. aber Oesterreich. BGB, Artt. 1422, 1423.

die Zahlung einer Schuld durch den Dritten vom erklärten Willen des Schuldners abhängig (1) und nähert sich damit unbewusst dem Standpunkt des klassischen römischen Rechts. Der praktische Sinn des Engländers erkennt nichts als berechtigt an, was nicht auch im wirklichen Leben seine Rechtfertigung findet (2). Er zeigt in dieser Hinsicht eine gewisse Aehnlichkeit mit dem intuitiv das Richtige treffenden Römer der klassischen Zeit, der die Einmischung Unberufener in seine Angelegenheiten weit von sich weist. Zur Vertretung des abwesenden Herrn berufen ist aber im klassischen römischen Recht nur der bevollmächtigte Geschäftsführer, das ist der *Prokurator*.

B. FRESE.

(1) SMITH, *A compendium of mercantile law*, 10 ed. I, 674/675 : « It would appear that by the law of England, if payment be made by a stranger for or on account of the debtor, and the latter choose to adopt it ». KARPLUS, *Handb. d. engl. Privatr.*, Leipzig, 1917, S. 121 : « Freiwillige Zahlung eines Dritten hebt die Verbindlichkeit des Schuldners nicht auf, wenn sie nicht im Auftrag des Schuldners erfolgt oder nachträglich von ihm genehmigt wird. »

(2) So ist nur in gewissen von der Judikatur anerkannten Fällen eine agency by necessity zulässig. Vgl. HEYMANN, HOLTZENDORFF-KOHLER, *Enzyklopädie*[7], 2 Bd., 331. KOHLER, *Iher. Jahrb.*, 25, 48[4] : « Das englische Recht nimmt negotiorum gestio namentlich in dem Falle an, wo ein Schiff in der Not gerettet oder aus der Gefangenschaft zurückerlangt wird, und wo jemand für einen Betrunkenen oder Wahnsinnigen tätig ist, welcher nicht für sich sorgen kann. »

LES ORIGINES ROMAINES DU «ROUAGE»

PAR

FRANÇOIS L. GANSHOF

CHARGÉ DE COURS A L'UNIVERSITÉ DE GAND

LES ORIGINES ROMAINES DU « ROUAGE »

Parmi les multiples taxes sur la circulation qui ont subsisté en France jusqu'aux dernières années de l'Ancien Régime, il en est une qui apparaît dans les textes sous le nom de *rouage* (1). D'après certaines coutumes c'est un droit sur la vente et le transport des vins ; il varie suivant que le transport est fait par chariot à quatre roues, par charrette à deux roues ou à dos de bête de somme ; il est fixe par rapport à la valeur et au poids de la marchandise (2). D'après d'autres usages, le rouage est « le devoir que le seigneur péager prend pour une charette » vuide ou chargée de marchandise passant par le chemin » public et royal, outre le péage dû pour raison de la mar- » chandise » (3).

Cette taxe a existé pendant tout le Moyen-Age (4) ; on la retrouve aux XIII^e^, XIV^e^ et XV^e^ siècles, désignée par les

---

(1) On trouvera les autres formes du mot indiquées dans Godefroy : *Dictionnaire de l'ancienne langue française*, Paris, 1880 et suiv., in-4°, t. VII, p. 207. Après « rouage », les formes les plus fréquentes sont « roage » et « rodage ». Cf. également Marion : *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles*, Paris, 1923, in-8°, p. 493.

(2) Cf. François Ragueau et Eusèbe de Laurière : *Glossaire du droit françois*, Paris, 1704, 2 vol., in-4°, t. II, pp. 336-337, et dans Godefroy : *loc. cit.*, un extrait de la coutume de la prévôté de Beauvaisis, de 1507 ; le droit est dans ce dernier texte de 4 deniers parisis par « car », de 2 deniers parisis par « charette » et d'1 denier parisis par cheval de bât. — Voir aussi P. Varin : *Archives législatives de la ville de Reims* (Col. des Doc. Inéd.), Paris, 1844, in-4°, t. I, p. 686 (textes de 1528 et 1529).

(3) François Ragueau et Eusèbe de Laurière : *op. cit.*, t. II, p. 327, et Godefroy : *loc. cit.* ; extrait de la coutume d'Acs de 1514.

(4) A. Luchaire : *Manuel des institutions françaises. Période des Capétiens directs*, Paris, 1892, in-8°, p. 339.

appellations françaises que nous connaissons (1). Mais à côté des formes romanes, ou plutôt avant elles, nous rencontrons les désignations latines *roagium*, *rotagium*, et la plus ancienne, *rotaticum* (2).

Quelques-uns des caractères essentiels que nous avons reconnus au « rouage » pendant les derniers siècles de son existence peuvent être relevés dès le Moyen-Age.

C'est ainsi qu'à partir du XII^e^ siècle, on rencontre des textes assez nombreux où le *rotaticum* apparaît comme une redevance sur le transport du vin (3), fût-ce par eau (4). Mais au XI^e^ et au XII^e^ siècle il a cependant, le plus souvent, une portée générale ; il est indépendant de la nature des marchandises transportées (5). Ce n'est pas sur celles-ci qu'a lieu

---

(1) Cf. une série bien choisie de textes allant de 1299 à 1454, reproduits en extraits par GODEFROY : *loc. cit.*

(2) Voir notamment des textes du XII^e^ et du XIII^e^ siècle (de 1136 à 1291) dans P. VARIN : *Archives administratives de la ville de Reims* (Col. des Doc. Inéd.), Paris, 1839 et suiv., in-4°, t. I, pp. 288-289, 311-314, 316-318, 344, 354 n. 1, 636-638, 688, 827, 909 et 1060, n. 1.

(3) Citons à titre d'exemples deux textes indiqués par E. MAYER : *Zoll, Kaufmannschaft u. Markt zwischen Rhein u. Loire bis in das* 13. *Jahrhundert* (Göttingen, 1894, in-8° ; extrait des *Germanistische Abhandlungen zum* 70. *Geburtstag Conrad von Maurer's*), p. 381, n. 1 : 1113, 15 avril, reconnaissance des droits indivis de l'archevêque de Reims et de l'abbé de S^t^ Remi sur le *vini roaticium* dans le *burgus*, par le pape Pascal II (VARIN : *Arch. adm. de Reims*, I, pp. 264-269) ; 1143, *rotagium de vino vendito*, dans une charte de l'archevêque de Reims, Samson (VARIN : *op. cit.*, I, pp. 306-308). Cf. aussi un texte de 1405 (VARIN : *Arch. lég. de Reims*, I, p. 403, n. 1).

(4) Cf. un diplôme de Philippe I, de 1101-1108 (PROU : *Recueil des actes de Philippe I, roi de France* ; Paris, 1908, in-4°, n°168, pp. 411-412 ; daté inexactement 1191 par MAYER : *op. cit.*, p. 381, n. 1), où le roi, sur plainte des chanoines de Notre Dame de Paris, décide *quatinus idem rotaticum, quod ipsi reddunt qui de predicta potestate* [Epône ; Dép^t^ Seine et Marne, arr^t^ et c^on^ de Mantes] *vinum per terram deferunt, illi similiter qui per aquam deferunt ex integro reddant...*

(5) Cf. les textes suivants, indiqués par MAYER (*op. cit.*, pp. 379, n. 1, 380, n. 5, et 381, n. 2) : 1031, 20 juillet –1059, déc. (Diplôme d'Henri I pour S^t^ Vincent de Laon ; *Recueil des Historiens des Gaules et de la France*, t. XI, p. 565 ; sur la date, cf. SOEHNÉ : *Catalogue des actes d'Henri I, roi de France*, Paris, 1907, fasc. 161 de la Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes, n° 28, pp. 22-23) : *debiti carrorum quod vulgo dicitur roaticum* — 1073 (Charte de

la perception, mais plutôt, semble-t-il, sur le moyen de transport, sur le véhicule même ; aussi le droit est-il proportionnel au nombre de roues (1). Le nom même de la taxe est en rapport avec cette base de perception : *rotaticum* — il est à peine besoin de le faire observer — dérivant de *rota* (2).

Foulque le Réchin pour Marmoutier ; *Gallia Christiana*, t. XIV, Instr., col. 73) : remise à l'abbaye de *omne theloneum, pedagium, rotaticum* — 1109, après le mois de sept. (Varin : *Arch. adm. de Reims*, I, pp. 258-260) : l'archevêque de Reims, Samson règle les droits appartenant respectivement soit à lui-même, soit à l'abbé de S^t^ Remi sur : *minaticum vel theloneum vel roagium vel foragium* ; dans le *suburbium quod burgum vocant, quod castello Sancti Remigii subest*, l'archevêque aura droit à *medietatem roagii* — 1146, 1^er^ août —1147, 2 févr. (Diplôme de Louis VII pour l'abbaye de Tournus ; *Ordonnances des rois de France*, t. XI, pp. 194-195 ; sur la date, cf. Luchaire : *Etudes sur les actes de Louis VII*, Paris, 1885, in-4°, n° 187, p. 159 ; Mayer, *op. cit.*, p. 380, n. 5, date inexactement 1145) ; exemption de *teloneum aut ullam exactionem* ; puis l'on précise qu'il ne sera prélevé sur les transports par eau *neque... aut navaticum, aut cespitaticum, aut portaticum neque in terra rotaticum* — 1170 (Bulle du pape Alexandre III pour S^t^ Pierre le Vif de Sens ; Quantin : *Cartulaire général de l'Yonne*, Auxerre, 1854-1860, 2 vol., in-4°, t. II, n° 198, pp. 214-216) : exemption de *rotaticos aut pedaticos nec theloneos*.

(1) Cf. le diplôme de Philippe I de 1101-1108, cité p. 388, n. 4 ; le *rotaticum* est de : *videlicet de carro quatuor nummos, de quadriga duos, de asino unum obolum* — Giry : *Histoire de la ville de Saint-Omer* (Paris, 1887, fasc. 31 de la Bibliothèque de l'Ecole des Hautes Etudes) ; tarif de tonlieu du XII^e^ siècle, 1159-1167, P. J. n° 93, § 16 : *Omnes citra Leiam vel ultra manentes, de omni annona quam bigis vel quadrigis adduxerint, de bigis, ad theloneum* 1 *d., ad ruagium* 2 *d...., quadrigam in duplum* — 1270, mars (Varin : *Arch. adm. de Reims*, I, pp. 907-910) : taux du *roagium* à Hermonville (Marne, arrond^t^ Reims, C^on^ Fismes) : *videlicet de curru, duos denarios parisienses ; et de biga unum denarium.* — Extrait du *Livre des Mestiers* d'Etienne Boileau, de la fin du XIII^e^ siècle (Godefroy : *loc. cit.*) : « Se hom de Paris « achate vin en Greve ou en autrui celier, ou il le prent en son celier meisme, « et il l'envoie hors de Paris, il doit de chascune charrete 2 d. de rouage, « du char, 4 d., ou que il voit, fors au Lendit ne a Saint Germain des Pres « ne doit-il rien de rouage. »

(2) On trouve l'expression, particulièrement caractéristique, *teloneum rotarum* dans un diplôme de Robert II du 28 mars 1003, en faveur du monastère d'Argenteuil (Guérard : *Cartulaire de Notre Dame de Paris*, Paris, 1850, 4 vol. gr. in-8°, t. I, n° 95, p.95. — Daté inexactement 1004, 16 avril par l'éditeur et par Mayer, *op. cit.*, p. 378, n. 4 ; sur la date, Cf. C. Pfister : *Etudes sur le règne de Robert le Pieux*, Paris, 1885, in-8°, fasc. 64 de la Bibliothèque de l'École des Hautes Études, p. LXVIII, n°25).

La plupart des textes médiévaux, où il est question du rouage, sont des chartes dans lesquelles il est fait remise ou concession de ce droit ; le plus souvent il partage les destinées du tonlieu et d'une série d'autres droits sur la circulation des personnes ou des denrées (1).

Il en est ainsi déjà, dans la monarchie franque. Le *rotaticum* (2) est cité à plusieurs reprises dans des diplômes royaux, dans des formules, dans des capitulaires ; toujours il accompagne le tonlieu, dont il apparaît, en quelque sorte comme un accessoire, suivant le sort du principal. Ou bien le roi exempte telle église, telle abbaye de l'une de ces taxes comme de l'autre (3) ; ou bien il lui reconnaît le droit de percevoir elle-même, l'une et l'autre taxe (4).

---

(1) Cf. en particulier le diplôme de Louis VI pour Notre Dame de Paris, de 1119 (DE LASTEYRIE : *Cartulaire général de Paris*, Paris, 1887, gr. in-4°, t. I, n° 183, pp. 204-206) ; le roi exempte les agents de l'église de Paris, qui feraient des achats, des ventes ou des transports de : *teloneum neque quod vulgo dicitur ripaticum, nec rotaticum aut portaticum sive triaticum aut cispiaticum necnon et salutaticum, aut ullum censum, aut ullam redibitionem sive aliquam consuetudinem.* — Sur ces divers droits, l'exposé le plus satisfaisant est celui de M. E. MAYER, *op. cit.*, pp. 378-391.

(2) Au nominatif — qui est, d'ailleurs, assez rare — on trouve généralement, à l'époque franque le masculin *rotaticus* (p. ex. : diplôme de Thierry III pour St Denis de 673 ; cf. n. 3) ; FUSTEL DE COULANGES (*La Monarchie franque*, Paris, 3e éd. 1912, in-8°, p. 259), WAITZ (*Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. II², 3e éd., Berlin, 1882, p. 304) et BRUNNER (*Deutsche Rechtsgeschichte*, t. II, 1887, in-8°, p. 239), ont adopté cette forme. MM. E. MAYER (*op.cit.*, p. 380) et DOPSCH (*Wirtschaftsentwicklung der Karolingerzeit*, 2e éd. WEIMAR, 1922, t. II, p. 213), au contraire, écrivent *rotaticum*, forme que l'on retrouve au cours des siècles suivants et qui est évidemment la bonne : il faut sous-entendre *vectigal*. La forme *rotaticus* s'explique par la profonde décadence de la langue latine à l'époque mérovingienne.

(3) Citons à titre d'exemple un extrait de la formule 1 du supplément aux formules de Marculfe (ZEUMER : *Formulae Merowingici et Karolini Aevi* MM. GG., in-4°, 1882, p. 107) : le roi décide que les agents et messagers d'une église épiscopale ne devront payer *nullo telloneo... nec de navale nec de carrale erectione, nec rotatico nec pontatico nec pulveratico nec salutatico nec cispatico nec nulla reddibucione, quod fiscus noster exinde poterat sperare.* — Remarquer combien le formulaire s'est conservé, en comparant ce texte avec le diplôme de Louis VI (1119), reproduit en extrait à la n. 1.

On retrouve les mêmes énonciations, avec de légères variantes, dans

Nous n'avons pu recueillir aucune indication nette sur le mode de perception du *rotaticum* sous les Mérovingiens et les Carolingiens ; il semble cependant résulter de l'examen de quelques capitulaires, que dès cette époque l'impôt était perçu sur le moyen de transport lui-même, chargé ou non (1).

---

quatre autres formules (*Addimenta e codicibus Marculfi*, n° 3 ; *Cartae Senonicae* n° 36 ; *Formulae Imperiales*, n^{os} 31 et 37 ; même recueil, pp. 112, 201, 310, 315-316), dans plusieurs diplômes royaux mérovingiens (Clotaire III pour Corbie, du 23 déc. 661, ds. Levillain : *Examen critique des chartes mérovingiennes et carolingiennes de l'abbaye de Corbie*, Paris, 1902, in-8°, P. J., n° 2, pp. 218-220. — Thierry III, pour S^{t} Denis, 673, 10 mars –690, 4 sept. ; Clovis III pour S^{t} Denis, 692, 5 juin ; Chilpéric II pour S^{t} Denis, 716, 5 mars ; tous trois dans Lauer et Samaran : *Les diplômes originaux des Mérovingiens*, Paris, 1908, in-f°, n^{os} 18, 22 et 35) et dans plusieurs diplômes royaux ou impériaux des Carolingiens (Pépin pour Prüm, s. d. ; Carloman pour S^{t} Denis, 769, mars ; Charlemagne pour S^{t} Denis, 775, 14 mars ; Charlemagne pour S^{t} Germain des Prés, 779, 27 mars ; Charlemagne pour Honau, 781, 7 oct. ; Charlemagne pour l'évêché de Paris, 774-800 ; tous dans Mühlbacher : *Diplomata Karolinorum*, MM. GG., in-4°, t. I, 1906, n^{os} 19, 46, 93, 122, 137, 193 — Charles le Chauve pour Marmoutier, 844, ds. *Gallia Christiana*, t. XIV, Instr. col. 31-33).

(4) *Note de la page précédente.* — Diplômes de Pépin pour S^{t} Denis, 753, 8 juillet et 759, 30 oct. ; Carloman pour S^{t} Denis, 769, janv. ; Charlemagne pour S^{t} Denis, 774-775 ; Charlemagne pour Flavigny, 775, 3 mai ; tous dans Mühlbacher, *op. cit.*, n^{os} 6, 12, 43, 88, 96. — *Tractoria* de Louis le Pieux pour S^{t} Denis, du 1 déc. 814 ds. *Rec. des Hist. des Gaules et de la France*, t. VI, n° 17, p. 468 (cf. T. Sickel : *Acta regum et imperatorum Karolinorum*, Vienne, 1867, 2 v., in-8°, t. I, § 114, pp. 396-398).

(1) Ce qui tend à le faire croire, c'est que, lorsque Pépin dans le capitulaire de 754-755 (Boretius : *Capitularia regum Francorum*, MM. GG., in-4°, t. I, 1883, p. 32) décide que le tonlieu ne sera pas perçu sur les véhicules vides, il ne prend aucune disposition du même genre, en ce qui concerne le *rotaticum*. On peut donc, *a contrario*, en conclure que celui-ci était perçu sur les véhicules sans égard pour leur contenu ; cette conjecture est d'autant plus vraisemblable que, lorsque les Carolingiens traitent du *rotaticum* dans leurs capitulaires, ils prennent soin de le distinguer du *teloneum* (*Capitula omnibus cognita facienda*, 801-814, ds. Boretius : *op. cit.*, I, pp.143-144 ; c. 7 : *Ut nullus homo praesumat teloneum in ullo loco accipere, nisi ubi antiquitus pontes constructi sunt et ubi navigia præcurrunt et antiqua videtur esse consuetudo. Similiter nec rodaticum neque pulveraticum ullus accipere praesumat*...).

Fustel de Coulanges (*op. cit.*, p. 259) estimait aussi qu'en percevant le *rotaticum*, « ce n'était plus alors seulement la marchandise transportée qu'on frappait, c'était le transport lui-même » ; mais il n'a point fait connaître les raisons de cette opinion.

Faut-il s'arrêter ici et admettre que le rouage n'est pas antérieur au VI^e^ ou au VII^e^ siècle? Il est assez curieux de constater que FUSTEL DE COULANGES, pourtant si foncièrement « romaniste », l'a cru (1). Mais son erreur est évidente. DU CANGE avait déjà discerné les origines romaines de l'institution et M. E. MAYER, le seul historien qui ait accordé au *rotaticum* quelques développements, est aussi d'avis qu'il s'agit d'une ancienne redevance romaine (2).

Tous deux ont cru retrouver l'ancêtre romain du *rotaticum* dans une constitution de Valentinien I et Valens du 29 septembre 364 (3). Les empereurs y font défense au personnel de la poste, de pratiquer la fraude ou l'extorsion, consistant à exiger de ceux qui font des transports ou accomplissent des missions pour l'Etat, une redevance *pro rotarum tritura* ; c'est-à-dire, nous paraît-il, sous le fallacieux prétexte que les roues des chariots écrasent la route (4). Voilà, pense M. MAYER, le *rotaticum* romain (5).

---

(1) *Monarchie franque*, p. 259.

(2) DU CANGE : *Glossarium*, sub v° *rotaticum* ; MAYER : *op cit.*, p. 380.

(3) Code Théodosien : VIII, 5, de cursu publico, 21 (éd. MOMMSEN, t. II, p. 380) : *Impp. Valentinianus et Valens AA. ad Artemium : Competenti ratione prohibemus, ne hi, qui familiae praesunt novum rapinarum aut fraudium genus exerceant, ut pro rotarum tritura ac ministeriis pecuniam ab angariarum praebitoribus poscant. Pro rotis igitur et pro angariis, praebitores dispendia nulla patiantur. Dat.* III *kal. oct. Aquileia Divo Joviano et Varroniano Coss.* — Sur le sens de *angariarum praebitores*, cf. le *Thesaurus linguae latinae*, t. II, col. 44, v^is^ *angaria* et *angarium* et l'art. de SEECK au t. I de la *Real-Encyclopädie* de Pauly-Wissowa, col. 2184 et 2185 aux mêmes rubriques. — Artemius, destinataire de cette constitution, était *corrector* de la Lucanie et du Bruttium (cf. PAULY-WISSOWA : *Real-Encyclopädie*, t. II, col. 1445).

(4) On peut évidemment comprendre autrement et traduire *rotarum tritura* par « usure des roues » ; mais cette traduction aurait l'inconvénient de limiter l'éventualité envisagée dans la constitution, au cas des personnes effectuant des transports ou accomplissant des missions en se servant de véhicules appartenant à l'État. Le sens que nous donnons à *rotarum tritura* est, d'ailleurs, conforme à celui que l'on rencontre chez les auteurs, cf. p. ex. APULÉE : *Métamorphoses*, 9, c. 13 (p. 212 de l'éd. HELM ; TEUBNER) : il s'agit de mulets... *pectora copulae sparteae tritura continua exulcerati*. Ce texte nous a été signalé par notre collègue et ami, M. P. FAIDER.

(5) *Op. cit.*, p. 380. C'était aussi l'avis de DU CANGE, qui mettait le *rotaticum* en rapport avec le mot *rotabiles*, qui aurait servi à désigner des ornières.

Il n'en est rien, à notre sentiment. La constitution de Valentien I et Valens, en effet, ne se rapporte pas à une taxe régulièrement levée par un pouvoir public, mais à une exaction à laquelle se livraient à leur profit certains fonctionnaires de la poste, dans le Sud de l'Italie (1).

Pour trouver des textes se rapportant réellement aux origines du *rotaticum*, force nous est de remonter plus haut, jusqu'au II^e^ siècle. Nous possédons, en effet, deux inscriptions du règne d'Hadrien où il est dit qu'une route a été mise en état, grâce à la perception d'un *rectigal rotare* (2). On connaît, par ailleurs, deux autres inscriptions, moins explicites, mais où il est également question, au II^e^ et au III^e^ siècle, d'un *rectigal*, dont le produit sert à la mise en état d'une route (3).

---

(1) M. Mayer (*loc. cit.*), veut faire une distinction. Ce n'est pas, dit-il, la redevance qui est illégale, mais le fait qu'elle est prélevée à charge de *angariarum praebitores*. L'observation n'est pas pertinente : d'abord parce qu'il s'agit non d'une redevance, mais d'une extorsion, faite par des agents de la poste, dans leur propre intérêt (cf. l'expression *novum rapinarum aut fraudium genus*) ; ensuite parce qu'une autre constitution des mêmes empereurs (C. Th. VIII, 5, 31 ; 370, 15 août ; éd. Mommsen, II, p. 383) fait défense de percevoir sur tous les voyageurs, généralement quelconques, des taxes au profit du personnel de la poste.

J. Godefroy dans le commentaire si remarquable qui accompagne son édition du Code Théodosien avait déjà reconnu que la constitution VIII, 5, 21, n'avait aucun rapport avec les origines du *rotaticum* (t. II, p. 526).

(2) Deux colonnes miliaires, qui se trouvaient jadis sur la route de Milah à Collo, en Algérie ; le texte des deux inscriptions est identique, sauf en ce qui concerne l'indication des distances. Elles sont publiées dans L. Renier : *Inscriptions Romaines de l'Algérie*, Paris, 1855, gr. in-4°, n^os^ 2300 et 2301 et republiées dans le *Corpus Inscriptionum Latinarum*, t. VIII[2], p. 894, XXIII, n^os^ 10327 et 10328. Voici la transcription du n° 10327 : *Ex auctoritate Imp(eratoris) Caes(aris) T(iti) Aeli(i) Hadriani Antonini Aug(usti) Pii, p(atris) p(atriae), via a Mileritanis munita ex indulgentia ejus de rectigali rotari II.*

(3) Inscription de Tufici (Fabriano, en Italie), du règne d'Antonin le Pieux (G. Wilmanns : *Exempla inscriptionum latinarum in usum praecipue academicum* ; Berlin, 1873, 2 v. in-8°, n° 692*a*) : il est question d'un *vectigal viae cilice stratae*. Inscription du règne de Gordien (III?) relative à la remise en état de la route allant de Nuceria à Salerne, *reddito ordinario vectigali* (*Corp. inscr. lat.* X, n° 6954, p. 708).

Wilmanns, éditeur du t. VIII du *Corpus*, suggère, avec raison, croyons-

De cet ensemble de témoignages, on peut conclure qu'il a existé dans l'Empire Romain un droit appelé *vectigal rotare* (1), qui n'a pu être qu'une taxe sur la circulation (2).

Il est permis de considérer ce *vectigal rotare* comme l'origine du *rotaticum*, que l'on rencontre dans la monarchie mérovingienne. Cette explication nous paraît d'autant plus plausible que dans les textes mérovingiens le *rotaticum* constitue, nous l'avons dit, un accessoire du *teloneum* et que les origines romaines du tonlieu sont bien connues (3).

Peut-être n'est-il pas impossible de préciser quelque peu la nature du *vectigal rotare*. D'après le nom qui la désigne, cette taxe a dû être perçue sur le moyen de transport, plutôt que sur la marchandise transportée ; la base de la perception étant sans doute, le nombre de roues (4). Or nous savons qu'à la différence du *portorium* proprement dit — du droit de douane —, qui n'était pas dû pour les *instrumenta itineris* (5),

---

nous, que dans les trois cas auxquels se rapportent nos inscriptions, les habitants de la localité auront pris la charge de la remise en état et de l'entretien d'une route et auront obtenu de l'empereur, pour couvrir leurs débours, l'établissement sur la route d'un *vectigal rotare*.

(1) L. Renier suggère la lecture *vectigali rotario*. M. Mayer (*op. cit.*, p. 380) imprime par erreur *vectigal rotaticum*.

(2) Marquardt : *Römische Staatsverwaltung*, 2e éd., Leipzig, 1881-1885, t. II, p. 92 : *ein Chausseegeld*.

(3) Cf. Brunner : *op. cit.*, t. II, p. 238 ; Declareuil : *Histoire générale du droit français*, Paris, 1925, in-8°, pp. 99-100.

(4) Le nom *vectigal rotare* paraît impliquer une perception basée sur le nombre de *rotae*. Il est vrai que par synecdoque *rota* est parfois employé pour *currus*. Toutefois les exemples cités dans le *Lexicon* de Forcellini-De Vit, v° *rota* appartiennent à la langue poétique (Ovide : *Ars amatoria*, II, v. 230, éd. Ehwald ; Teubner, p. 210 : *Si rota defuerit, tu pede carpe viam*. — Vulgate, Psaume 76, v. 18 et 19 : *Etenim sagittae tuae transeunt : vox tonitrui tui in rota*). S'il fallait, dans l'expression qui nous occupe, entendre *rota* dans le sens de chariot, la seule conclusion à en tirer serait que la taxe était perçue sur le véhicule, sans que nous sachions si l'on tenait compte du nombre de roues. Dans la constitution du C. Th. VIII, 5, 21 (cf. plus haut, p. 392, n. 3), *rota* serait synonyme de *currus*, d'après Heumann-Seckel : *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*, 9e éd. Iena, 1907, v° *rota*.

(5) Cagnat : *Etude sur les impôts indirects chez les Romains*, Paris, 1882, gr. in-8°, pp. 106-107, et du même, l'article *Portorium*, au t. IV du *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, de Daremberg et Saglio, p. 592.

les péages, perçus au passage des ponts ou le long des routes, étaient exigibles sur les véhicules mêmes (1).

Le *vectigal rotare* n'a pu être qu'un péage de l'espèce (2) et c'est donc à cet ancien impôt indirect romain qu'il convient de faire remonter les origines premières du « rouage ».

François L. Ganshof.

(1) Labéon au Digeste XIX, II, 60, 8 : *...Vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret : Id cum pontem transiret, redemptor ejus pontis portorium ab eo exigebat : quaerebatur an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. Puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere...* — Cagnat : *opera citata*, pp. 111 et 593. On observera, comme le fait remarquer M. Cagnat, que les péages portaient eux-mêmes le nom de *portorium*.

(2) Dans ce sens Cagnat, art. *Portorium*, p. 593, n. 7

LE DROIT ROMAIN DANS LES CHARTES POITEVINES DU IXe AU XIe SIÈCLE

PAR

M. GARAUD

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

LE DROIT ROMAIN DANS LES CHARTES POITEVINES DU IX^{e} AU XI^{e} SIÈCLE (1)

Le droit romain, conservé dans les documents des IX^{e} et X^{e} siècles, est, comme on l'a montré bien des fois, un droit romain vulgaire, presque coutumier et très différent du droit classique. Il tire presque exclusivement son origine de la loi romaine des Wisigoths ou *Bréviaire* d'Alaric, plus exactement de l'*Interpretatio* du *Bréviaire* (2). Les praticiens de cette époque ne connaissent guère du droit de Justinien que les *Novelles* par *l'Epitome* de Julien. Qu'il s'agisse, du reste, de l'*Interpretatio* ou d'une autre source, ils se sont souvent mépris sur le sens ou la portée du texte dont ils entendaient faire l'application.

Le régime de la personnalité des Lois explique ces vestiges du droit romain dans les chartes. Les clercs qui avaient reçu dans les écoles une éducation juridique rudimentaire, se montrèrent disposés à étendre l'action de la loi romaine qui était la leur et à faire étalage de leurs connaissances. Ce sont eux qui ont rédigé la plupart des formulaires de l'époque franque et des chartes parvenues jusqu'à nous.

Nous voudrions montrer ici d'après les principaux Cartulaires poitevins à savoir : Les Chartes et Documents pour

---

(1) M. Flach a étudié le *Droit romain dans les Chartes (IX^{e} et XI^{e} siècles)* d'une manière générale, *Mélanges Fitting*, I, p. 385 et suiv. Nous n'admettons pas toutes les conclusions de cet auteur que nous aurons parfois l'occasion de discuter.

(2) Stouff, *De Formulis secundum legem Romanam a VII^{o} soeculo ad XII^{m} soeculum*, 1890. Flach, *étude citée. Code Théodosien.* Mommsen et Mayer, Berlin, 1905. *Prolégomenes, De usu Breviarii.....* par de Wretschko.

servir à l'histoire des abbayes de Saint Hilaire-le-Grand de Poitiers et de Saint-Maixent et les actes encore inédits, pour la plupart, du précieux cartulaire de Nouaillé :

1° Comment les rédacteurs des chartes poitevines, notaires ou clercs chargés de ce soin, ont pu acquérir une connaissance rudimentaire du droit romain jusqu'à l'époque où s'est manifestée l'influence de l'Ecole de Bologne;

2° Laissant de côté la plupart des préambules ou mentions diverses du droit romain qu'on rencontre dans les cartulaires de presque toutes les régions, préciser l'intérêt de certaines chartes dont l'importance résulte soit de leur date, soit de leur contenu juridique.

I.

La tradition romaine, si affaiblie qu'elle soit en Poitou, au début du X^e^ siècle, persiste encore. Depuis longtemps le Clergé et les Ecoles en sont le dépôt.

Les bouleversements de toutes sortes qui ont marqué l'histoire de la Cité de Poitiers, depuis les invasions barbares, ont gravement affecté les connaissances juridiques et la culture littéraire si brillante, d'après Ausone, au IV^e^ siècle (1). Aux invasions des Wisigoths et des Francs ont succédé les troubles de la décadence carolingienne et les invasions normandes qui ont mis le comble à la dévastation en ruinant la plupart des monastères.

Dans les abbayes qui subsistent encore, la langue latine s'altère et se transforme. Cela apparaît manifestement dans l'œuvre des *notarii* ou *dictatores*. Leur style barbare éclate dans les actes, même quand ils appartiennent à des établissements religieux où se conservaient le mieux les traditions de l'Antiquité, comme à Saint-Hilaire-le-Grand de Poitiers, à Nouail-

(1) Ausone, *Epigram*, 40-47. D. F. Chamard, *Hist. éccl. du Poitou*, Livre III, ch. 1. (*Mém. Société Ant. de l'Ouest*, 2^e^ série, XII).

lé, qui fut d'abord un prieuré de la Grande Basilique (1), et dans la puissante abbaye de Saint-Maixent.

Cependant il reste encore des écoles. Au VII[e] siècle, l'école épiscopale de Poitiers conservait une partie de son ancienne splendeur grâce au docte Fortunat. Saint Léger s'y instruisait dans toutes les sciences enseignées aux jeunes gens de sa condition, sous la discipline d'un prêtre savant choisi par Didon, évêque de Poitiers (2). Il devait être pendant six ans (651-657) abbé de Saint-Maixent (3).

Vers la même époque, du temps de l'évêque Ansoald, l'école monastique de Saint-Hilaire était florissante. L'enseignement des Arts libéraux y durait sept ans. Placée sous la direction du moine Ansfrid, représenté comme un personnage d'un savoir peu commun en son siècle, l'école de Saint-Hilaire comptait des élèves très instruits. On cite volontiers Saint Achard, qui fut évêque de Jumiéges. Avec une instruction complète dans les Arts libéraux, Saint Achard y avait acquis la connaissance du droit canonique (4). A l'exemple et peut être sur le modèle des écoles de Poitiers, il s'en était fondé d'autres dans le diocèse. Ligugé possédait une bibliothèque contenant presque tous les ouvrages des Pères grecs et latins et on y faisait d'excellentes études (5).

Les deux écoles de Saint-Hilaire et de la Cathédrale seront très florissantes au début du XI[e] siècle sous le règne de Guillaume le Grand, duc d'Aquitaine (6). C'est l'époque où Fulbert

---

(1) Levillain, *Les Origines du Monastère de Nouaillé*, Paris, 1910.

(2) *Hist. Littéraire de la France*, III, p. 428-429.

(3) *Chartes de Saint-Maixent* (*Archives hist. du Poitou*, Introd., p. LXII).

(4) *Vita S. Aicadri*, cap. I et VII (*Mab. Acta S. S. ord. S. Ben.*, Soec., II, p. 954 et 956) : « Post ablactationem pueri summa cum diligentia tradiderunt (*parentes*) illum ad erudiendum cuidam viro sapientia famosissimo, nomine Ansfrido, prædictæ civitatis ex monasterio S. Hilarii cœnobitæ. — Quia idem vir Aicadrus liberalibus studiis ad plene erat eruditus, canones etiam non ignorabat. »

(5) *Hist. littéraire de la France*, III, p. 428-429.

(6) A. Richard, *Hist. des Comtes de Poitou*, I, p. 208.

de Chartres sera trésorier de Saint-Hilaire (1). On sait par sa correspondance qu'il prenait grand soin de l'enseignement qu'on y donnait et suivait avec le plus vif intérêt les progrès des étudiants. On ignore, au contraire, le sort de ces établissements pendant la longue période qui s'écoule du VIII^e^ au XI^e^ siècle ; mais il est tout-à-fait vraisemblable qu'ils se soient maintenus obscurément.

Cette conjecture permet d'abord, mieux que toute autre, d'expliquer l'essor des écoles de Saint-Hilaire et de la Cathédrale au début du XI^e^ siècle. Quelques circonstances, révélées par les chartes, sont, en outre, favorables à cette opinion. Au XI^e^ siècle, le *magister scolarum* de Saint-Hilaire est chancelier des ducs d'Aquitaine (2) qui, depuis Guillaume Tête d'Etoupe, sont abbés de cette basilique. Or ce personnage est en liaison étroite avec le passé. Il a remplacé le *Grammaticus* mentionné par des textes du X^e^ siècle (3). Ainsi à cette époque, comme dans les temps antérieurs plus troublés, les écoles de Poitiers, notamment celle de la Cathédrale, ont dû continuer à fonctionner. On y enseignait les Arts libéraux suivant un programme établi depuis longtemps dans lequel entrait, avec une culture juridique élémentaire, l'*ars dictaminis*, l'art de rédiger les actes. Là, on conservait les antiques formulaires et le *Bréviaire d'Alaric* qui avait été dans le pays, le Code des Gallo-romains. On y lisait la loi romaine.

C'est dans ces conditions que le droit romain a pu survivre dans la province de Poitou : pays de coutume, limitrophe des pays de droit écrit, dans lequel l'empreinte du droit romain sera plus forte que dans beaucoup de régions coutumières.

Les rédacteurs des chartes poitevines ont été les artisans de cette survivance. Ils ont adapté les connaissances qu'ils avaient acquises du droit romain dans les écoles de Poitiers à

(1) *Chron. d'Adémar*, p. 164.

(2) Ch. de St. Hilaire, n° 90, 9 octobre 1077, souscrite par : « *Tetbaldi scolarum magistri, Aquitanorum ducis cancellarii.* »

(3) St. Hilaire, n° 22, mai 944-954 : *Arnaldus grammaticus* scripsit.

la rédaction de certains actes, notamment aux contrats de vente et de donation dont ils voulaient assurer, à une époque fort troublée, la validité et la stabilité.

II.

Des préambules et passages assez nombreux des chartes poitevines sont empruntés au droit romain. Négligeant la plupart de ceux qu'on rencontre dans tous les cartulaires (1) nous nous proposons de présenter seulement quelques observations sur la liberté de disposer (2), la rescision de la vente pour cause de lésion, le contrat par l'écriture et l'insinuation, enfin l'affranchissement des serfs dans les églises.

a) La liberté de disposer

Les rédacteurs des actes de Saint-Hilaire, Nouaillé et Saint-Maixent invoquent parfois la loi romaine pour poser en principe que chacun a le droit de disposer librement de ses biens. Ce n'est pas une formule courante. A côté de quelques chartes qui la mentionnent, une quantité d'autres des mêmes cartulaires n'y font pas allusion. La plupart du temps les *notarii* se contentent d'indiquer dans le préambule des actes qu'il est permis à quiconque d'aliéner ses biens. Ce préambule est fréquent au XI^e^ siècle. Auparavant, au X^e^ siècle encore, on fait parfois appel à la loi romaine. Il semble que la pratique n'ait pas encore consacré suffisamment la légalité des libéralités pieuses et que l'Eglise s'efforce d'en découvrir le principe dans cette loi. Cette préoccupation se manifeste dans les préambules des actes poitevins suivants :

---

(1) Tels sont les passages relatifs à l'irrévocabilité des actes et aux clauses pénales, aux formules de garantie dans les ventes de serfs, etc.

(2) Nous n'insisterons pas sur ce premier point qui est très connu (Voir notamment, Flach, *étude citée*, p. 401-404), mais que nous n'avons pas cru devoir passer complètement sous silence à cause de certaines mentions intéressantes de nos chartes.

Nouaillé. A. 848. D. Fonteneau, XXI, p. 123.

Lex et Consuetudo permittit et regalis potestas perhibet, ut quicumque de rebus suis pro salute anime suae ad *casa Dei donare voluerit liberam habeat potestatem.*

(Même formule, ch. de l'an 901. D. F. XXI, p. 153).

Saint-Hilaire.

Lex prestat et mos anticus servatur, ut faciat unusquisque homo de propriis facultatibus suis justum quod sibi rectumque esse videtur (N° 15, A. 924).

(Même formule N° 29. A. 961).

Lex romana et *consuetudo ejus provinciae declarat ut omo ingenuus quicquid de rebus suis quod in presente seculo juste possedit, per seream scriptura sepu (sic) vendere et donare vel in alterius manus transferre voluerit, lex non impedit.* (N° 28, A. 960).

More antiquorum patrum cunctorumque civium lege Romanorum decretum est in orbe terrarum ut unusquisque homo faciat de sua propria hereditate sive alodo quidquid voluerit jure ecclesiastico, nemine contradicente. (N° 37, A. 969).

Saint-Maixent.

Est lex et consuetudo, ut unusquisque homo, quod in hoc soeculo juste possedit, faciat exinde quidquid voluerit neminem contradicentem. (N° 7, juillet 904).

Lex legum decrevit et jure ratio deposcit ut si quis persona nobilium virorum vel pauperum res suas proprias in alterius transferre decreverit dominatui liberam habeat potestatem. (X^e^ siècle, Cart. p. 83).

Tous ces préambules ne diffèrent pas sensiblement les uns des autres. Pour autoriser la libéralité *ad loca sanctorum* on invoque non seulement le droit romain mais aussi la coutume et même l'autorité royale.

Ce luxe de précautions est facilement explicable. Le droit germanique primitif déclarait inaliénable le patrimoine fami-

lial. La donation était donc un acte qui, en soi, portait atteinte aux droits de la famille. Mais cette notion se modifia, après les invasions, sous l'influence de l'Eglise. Celle-ci, tendant à faire admettre en sa faveur la liberté absolue d'aliéner, chercha dans la loi romaine, sous l'empire de laquelle elle vivait, des motifs juridiques pour légitimer la pratique des donations. Les formules, celles d'Angers notamment, proclament que, d'après cette loi, chacun peut disposer de ses biens comme il l'entend (1) et, plus tard, les rédacteurs de nos chartes s'inspirent de ces formules qu'ils reproduisent plus ou moins fidèlement. A vrai dire, le principe, attribué par les *notarii* à la loi romaine, semble avoir pour origine un passage de l'*interpretatio* décidant que chacun est libre de vendre ses biens à qui bon lui semble (2).

Il suffisait de donner à ce texte une portée absolue pour consacrer la liberté d'aliéner. C'est ce qu'on fit. L'*Epitome Aegidii*, qui est du VIII^e^ siècle, le décide expressément (3).

Les libéralités en faveur de l'Église devenant de plus en plus une habitude des particuliers, la prétendue règle romaine n'obtint jamais le succès qu'elle aurait pu avoir. Les notaires invoquent aussi souvent l'usage ancien que la loi romaine, dans les préambules des actes de donation. « *Mos anticus* », précise une charte de Saint-Hilaire, du X^e^ siècle, plus haut citée.

Après un appel à la loi romaine et à l'usage, les *dictatores* se réfèrent volontiers aux ordonnances des rois francs qui ont proclamé la validité des donations *pro remedio animae* (4). C'est le sens des mots « *regalis potestas* » de la charte de Nouaillé de 848. Mais cette citation est exceptionnelle. Désormais

---

(1) *F. Andec.*, 58 : Lex romana edocet, consuetudo consentit... ut unusquisque de rem suam... faciat quod voluerit ; *Form. Arvern.*, 6, etc.

(2) *Interpr.*, C. Th. III, 1, *De Contrahenda emptione*, 1.

(3) « *Quicquid unusquisque de rebus suis facere voluerit liberam habeat facultatem* (ibid). Flach (*O. C.*), I, p. 403.

(4) Cap. 818, c. 6 (M. G. H. I. 282) : *ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit, res suas dare pro salute animae suae*, Cap. 803, 6; 817, 7.

l'attention des rédacteurs des chartes se concentre sur la *Coutume de la province* et ils la font intervenir pour consacrer la légalité des libéralités *ad loca sanctorum* (1).

b) La rescision de la vente pour cause de lésion.

La validité des aliénations en faveur de l'Eglise établie à l'encontre des droits archaïques de la famille, il fallait encore songer à les mettre à l'abri des contestations possibles des intéressés. Les *dictatores* tournèrent encore les yeux vers la loi romaine, la « *lex legum* », la loi par excellence. Un premier point devait être mis hors de doute, c'est qu'il ne fût pas permis à une personne, parvenue à l'âge légal, d'attaquer, pour cause de lésion, la vente consentie par elle à un établissement religieux. Des bienfaiteurs de l'Eglise lui abandonnaient souvent, en effet, des biens considérables, moyennant un prix minime ou des prestations modiques. Pour écarter de ce chef toutes contestation, on eut recours à l'*interpretatio* qui refusait au vendeur l'action en rescision.

Cum inter ementem et vendentem res fuerit definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit, ille, qui comparasse probatur. Et si voluerit revocare, qui vendidit, nullatenus permittatur (2).

Quelques chartes de Nouaillé et de Saint-Maixent reproduisent assez fidèlement le texte de l'*interpretatio* parfois même sans n'y rien changer. On peut en juger par les préambules suivants :

Cum inter ementem atque vendentem fuerit res diffinita et precio comparata, quamvis plus valeat que ad presens venditur

---

(1) St-Hilaire, n° 28, supra cité : *Lex romana et consuetudo ejus provinciæ.*

(2) *Interpr.*, C. Th. III, 1, 1.

hoc tantummodo nullatenus potest revocare qui vendit quia etas perfecta scire potest quid res empta valeat (1).

Ainsi la pratique du X^e^ siècle rappelle, comme l'*interpretatio*, que la vente, devenue un contrat réel se formant par la remise de la chose et le paiement du prix, ne peut pas être rescindée à la requête du vendeur pour cause de lésion.

Les préambules précédents diffèrent cependant, en deux points, du texte de l'*interpretatio*. On y remarque :

1° L'omission des mots : *si nihil fraudis vel violentiae egit, ille, qui comparasse probatur*, c'est à dire d'une condition essentielle à la validité de toute vente : l'absence des vices de fraude et de violence.

2° L'adjonction des termes : *quoniam aetas perfecta scire potest quid res empta valeat.*

Mais voici une charte de Nouaillé très curieuse et dont il existe, croyons-nous, peu de semblables, qui, abstraction faite des barbarismes, s'en tient scrupuleusement au texte même de l'*interpretatio*.

Cum inter ementem atque ventem (sic) *fuerit res diffinita et precio comparata, quamvis plus valeat quam ad presens venditur, hoc tantum modo requirendum nihil fraudis velivoluntiae* (sic) *egit ille qui comparasse probatur et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur* (2).

Il semble probable que le notaire avait sous les yeux l'*interpretatio*. Considérant ses dispositions comme rigoureusement applicables aux contrats de vente, il ne songe ni à la déformer, ni à en faire un amalgame. Les rédacteurs des chartes poitevines n'ont pas tenté davantage d'attribuer au texte une portée plus large en le transportant, par exemple, dans les actes de donation où il deviendrait inintelligible. Sur la foi d'une charte

(1) Nouaillé, Ch. a. 903 (B. N. Lat. 12757, p. 276 et suiv.) et (D. F. XXI, p. 167). Ch. octobre 929 (B. N. Lat. 12757, p. 339) ; St. Maixent. Ch. 8, février 911.

(2) Nouaillé, février 907, D. F. XXI, p. 181.

contenant cette erreur, M. Flach a écrit que la pratique avait déformé la maxime de l'*interpretatio*.

« Elle en élimine, dit-il, tout ce qui est spécial à la vente — » paiement du prix, sa vileté — et elle y introduit les mots de » *donatio* et de *donare* comme synonymes de *venditio* et de » *vendere*. Elle aboutit ainsi à une règle générale d'irrévocabilité » qu'elle met sous le nom et sous le couvert de la loi romai- » ne (1) ».

Cette assertion nous paraît inexacte dans sa forme absolue. Par esprit de système, le savant auteur, désireux de montrer que « les chartes du pays de France dénotent du IX^e^ au « XI^e^ siècle une ignorance à peu près totale du droit romain », se montre un peu trop sévère pour la pratique de ces lointaines époques. Il ne faut pas l'accabler sous le poids de trop d'erreurs juridiques, et, pour la juger équitablement, il convient, au préalable, d'examiner les actes de chaque région contenant des vestiges du droit romain. Retenons ici que les rédacteurs des chartes poitevines ont reproduit fidèlement, en matière de vente, les prescriptions de l'*interpretatio*.

c) Le contrat par l'écriture et l'insinuation.

Il en est de même en ce qui concerne la formation des contrats par l'écriture.

Quaecumque aliquis alteri cesserit, profiteatur se tantum rem cessisse, vel caussam, hoc est aut gestis aut scriptura aut testibus, et sola voluntatis professio pro omni firmitate sufficiat (2).

On sait que ce passage de l'*interpretatio* résulte d'une erreur sur le sens de la constitution qu'elle prétend commenter. La loi Julia *de bonis cedendis* d'Auguste (3) avait décidé

(1) *Mélanges Fitting*, I, p. 405.

(2) C. Th. IV, 20. *Qui bonis ex lege Julia cedere possunt*, 3. C. Th. (*Bréviaire*), IV, 18, 2, *Interpr.*

(3) C. VII, 71, 1.

que la cession de biens aurait lieu en termes solennels. En 386, Théodose 1er décida qu'elle pourrait avoir lieu sans formes et qu'une simple déclaration verbale suffirait :

« *In omni cessione bonorum .. professio sola quaerenda-est...* » *In omni cessione sufficit voluntatis sola professio* » (1).

L'*Interpretatio* s'est méprise sur le sens de ces textes. Loin d'en restreindre la portée à la cession de biens proprement dite qu'ils concernaient, elle les applique à toute *cessio*, c'est-à-dire à un acte d'aliénation quelconque (vente, donation) et décide que cet acte sera valablement fait, soit devant témoins, soit par écrit, soit enfin par une déclaration insinuée dans les *gesta*, c'est-à-dire dans les registres publics tels que ceux des municipalités.

Les rédacteurs des chartes ont adopté cette doctrine erronée. Plusieurs textes, cités notamment par M. Stouff (2) et M. Flach (3), contiennent des emprunts plus ou moins importants au passage de l'*interpretatio* cité plus haut. Mais aucun, à notre connaissance, n'en reproduit la teneur aussi fidèlement que le préambule d'une charte de Nouaillé du mois d'octobre 936.

Latores legum sanxerunt ut quicumque aliquis alteri cesserit profiteatur se tantum rem cessisse, id est testis aut gestis aut scriptura et sola illius voluntate (professio) *pro omni firmitate proficiat* (4).

Ainsi, aux yeux du rédacteur de cet acte, la donation peut avoir lieu soit devant témoins, soit par écrit, soit par une déclaration insinuée dans les registres publics. Les préambules de plusieurs autres chartes le montrent avec précision.

Un texte de Saint-Maixent se contente d'une simple déclaration ou manifestation quelconque de volonté et ne considère

(1) C. Th. IV, 20, 3.

(2) Stouff, *De Formulis...*, p. 73, n° 3.

(3) Flach (*O. C.*), *Mélanges Fitting*, p. 417 et notes.

(4) B. N. Lat. 12757, p. 616 et suiv. ; Rap. *Formule de Tours*, n° 4 (Zeumer, p. 137).

l'écrit, dressé pour la constater, que comme un moyen de preuve :

Antiqua legum sanxit auctoritas, et ratio juris exposcit ut inter quacumque strumenta cartarum concessio invenitur, solum tantum processio voluntatis agnoscatur (1).

D'autres préambules proclament que l'écriture et la présence de témoins idoines suffisent :

Latores legum sanxerunt ut qui de jure proprio aliquod alicui conferre voluerit hoc sub præsencia virorum nobilium per seriem cartarum gestis alligetur, quatinus hoc quod pie factum est diuturnis temporibus maneat (2).

Legali sancitur auctoritate inlustriumque virorum roboratur confirmatione ut quae qui legitime potestatis vel personae sub censu legitimo voluerit adipisci scripturarum seriae alligetur (3).

Il semble, en effet, certain que dans les expressions « *per seriem cartarum gestis alligetur* » le mot *gestis* soit synonyme de *scriptura* (4), mais il ne l'est pas toujours. Certains actes poitevins — c'est la dernière catégorie qui nous reste à examiner — font allusion à l'insinuation dans les registres publics et décident que l'omission de cette formalité n'empêche pas la donation d'être pleinement valable.

Sancsit octoritas ut cessio inter quacumque estrumenta cartarum inventa fuerin (sic), *sine gestorum ablegationem.* (pour alligatione) *plenissimam obtineat firmitatem* (5).

Nous ne pouvons donc pas admettre ici la thèse générale et extrême de M. Flach d'après lequel la *cessio*, la *professio*, les *gesta* ne feraient qu'un aux yeux des *dictatores* avec l'écriture

(1) St. Maixent, n° 12, Octobre 925.

(2) Nouaillé, ch. a. 955-962 (B. N. Lat. 12757, p. 360 et s.) ; ch. a. 994 (août), ibid., p. 422 et suiv. ; ch. a. 988-1014 (mars), ibid., p. 441 et suiv. ; ch. a. 1015-1016, ibid. p. 546.

(3) St. Maixent, n° 14, mars 939.

(4) *Epitome S. Galli* : « Gesta hoc est omnis carta (XII, 1, 7, Hœnel, p. 239).

(5) Nouaillé, Ch. de janvier 902 (D. F. XXI, p. 157 et 197) ; B. N. Lat. 12.757, p. 275 et suiv.

« dont la nécessité légale et l'efficacité souveraine sont procla-» mées sous ces noms divers » (1). Dans nos actes le mot *cessio* n'est nullement synonyme de *scriptura*, mais bien de *donatio*. Les termes « *gestorum ablegationem* » (pour *alligatione*) ne doivent pas, non plus, être entendus toujours dans le sens de la rédaction d'un écrit. Ils se réfèrent parfois, au contraire, comme dans la charte précédente à la formalité de l'insinuation que le rédacteur de l'acte considère comme inutile. La formule qu'il emploie est vide de sens puisque, à son époque, la pratique de l'insinuation est, comme nous le verrons plus loin, tombée en désuétude. L'interprétation que nous donnons au texte n'en est pas moins certaine. Cela est si vrai qu'on trouve d'autres actes de la même date que le précédent et plus significatifs encore. Le plus remarquable, à notre connaissance, est précisément une autre charte du cartulaire de Nouaillé du début du X^e^ siècle où figure le passage suivant :

« *Presentem vero donacionem nequaquam a curialium vilitate* » *gesti(s) municipalibus alligari curavimus et omnino decer-* » *ninus ne aliqua*(ndo in eam) *ob hoc casi quidquid valeat* » *reperire* » (2).

« Nous avons négligé, déclarent deux donateurs à l'abbaye » de Nouaillé, de requérir *a vilitate curialium* l'enregistrement » de la présente donation dans les registres municipaux et » notre volonté expresse est que personne ne soit fondé à y » trouver à redire à raison de cela. »

Cette clause est destinée à exclure la formalité de l'insinuation. Une constitution du Bas-Empire était venue conférer

(1) *Mélanges Fitting* (étude citée), I, 408.

(2) *Arch. de la Vienne*, Série H. Nouaillé. Pièces antérieures à 1200, non définitivement classées, n° 24. Cette charte est datée de 902 à 906 d'après Ms 12.757. (B. N.) 446 et suiv. D. FONTENEAU lui assigne, au contraire, la date de 914 (T. XXI, 203). Elle a été rédigée en Poitou, comme le prouvent les noms des témoins parmi lesquels figurent notamment : Maingaud, vicomte de Melle, et l'*auditor* Bégon qui assiste ordinairement à cette époque aux plaids du Comte de Poitou.

au testateur ou au donateur le droit de faire insinuer par le magistrat de son choix, gouverneur ou magistrat municipal (1). En pratique, le disposant chargea l'héritier ou le donateur de ce soin et lui laissa la même latitude. Les praticiens de l'époque franque entendirent ce libre choix dans le sens de la liberté de faire ou de ne pas faire insinuer. L'insinuation devint ainsi facultative dans les Gaules après les invasions. Si elle doit avoir lieu, le disposant l'indique dans une clause de l'acte (2). Si, au contraire, il veut omettre cette formalité, il se sert de la formule très caractéristique contenue dans la charte de Nouaillé citée plus haut. Les notaires semblent l'avoir prise dans quelques formulaires de l'époque franque (3) pour l'insérer dans les actes de donation. On en trouve plusieurs exemples dans des chartes des VIII^e^ et IX^e^ siècles indiquées notamment par QUICHERAT (4), BRUNNER (5) et STOUFF (6). Mais ces auteurs n'en mentionnent pas d'aussi récentes que celle de Nouaillé qui est du début du X^e^ siècle.

L'interprétation des termes : *vilitas curialium* soulève de sérieuses difficultés. — D'après BRUNNER (7), ils seraient une corruption des mots : *a curialium laudabilitate*, souvent écrits : *a curialium laudavilitate*, les curiales portant dans les documents de Marini et dans les formules franques le titre de « *laudabiles* ». Cette opinion est, croyons-nous, fort soutenable, mais elle soulève des objections signalées notamment par ZEUMER (8), et nous pensons plutôt, avec SAVIGNY (9), que

(1) C., VIII, 53 (54), De Donationibus, 30.

(2) Rozière, n° 247 ; 385, etc.

(3) MARCULF, II, 3 (ZEUMER, 75) ; *Formulae Augienses*, 13 (ZEUMER, 345).

(4) QUICHERAT, *De l'enregistrement des contrats à la Curie* (Bibl. de l'école des Chartes, 5^e^ série I, 440).

(5) BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde.*, 141.

(6) STOUFF (*o. c.*), 72, 3.

(7) BRUNNER (*o. c.*), 142 et suiv.

(8) ZEUMER, *Mon. Germ.*, VII, *Legum Sectio*, V. *Formulae*, 75, 2.

(9) SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen âge* (trad. GUENOUX), I, p. 57.

ces termes se rapportent à une constitution du Code Théodosien qui supprima la compétence des curateurs des cités en matière d'enregistrement, et dont voici le passage essentiel :

« ... *Curatores enim civitatum ab hujuscemodi negotio tempe-*
» *rare debebunt, ne tanta res eorum concidat vilitate* » (1).

Ce texte ne signifie pas que les curateurs étaient des fonctionnaires de minime importance. Les mots « *tanta res* » doivent s'entendre des fonctions de ces magistrats, comme l'a pensé SAVIGNY ; mais nous ne croyons pas, comme lui, que le mot *vilitas* fasse allusion à leur cupidité. D'après le savant auteur, l'insinuation des donations qu'ils recherchaient par avidité, à cause du salaire, leur est interdite, afin qu'ils ne négligent pas les parties plus importantes de leur emploi. Nous admettrions plutôt qu'on les a déchargés de ce soin pour que leurs fonctions ne risquent pas de déchoir *(concidere)* par l'exercice d'une attribution indigne d'eux, telle que l'enregistrement des actes privés.

Quelle que soit, du reste, l'interprétation admise, les notaires nous paraissent avoir entendu les choses tout autrement ; ils se sont mépris une fois de plus sur le sens et la portée du texte dont ils s'inspiraient. Confondant les curiales *(ordo curiae)* avec le *curator civitatis*, ils ont considéré que la constitution du Code Théodosien, citée plus haut, dispensait les particuliers de demander la légalisation de leurs contrats aux curiales qui étaient devenus des personnages d'une importance de plus en plus minime.

Il est à peine besoin d'observer maintenant que la charte de Nouaillé, citée plus haut, ne prouve nullement la persistance en Poitou, au X^e^ siècle, du régime municipal romain de quelque manière qu'on l'envisage. La formule employée par le notaire

---

(1) *C. Th.*, VIII, 12, 8, § 1 (415). Voir sur la portée de cette réforme, DECLAREUIL : *Quelques problèmes d'histoire des Institutions Municipales au temps de l'Empire romain* (N. R. H. 1908-42).

est vide de sens à cette époque et ne permet même pas de supposer que la Curie subsiste à Poitiers comme simple bureau d'enregistrement. Un examen attentif de la série des actes de Saint-Hilaire le Grand de Poitiers, de Nouaillé et de Saint-Maixent, antérieurs au XI^e^ siècle, parvenus jusqu'à nous, permet de l'affirmer absolument. La charte de Nouaillé dont nous venons d'analyser la clause, relative à l'insinuation, constitue une curieuse anomalie parmi les chartes poitevines.

Dans aucune autre on ne rencontre une formule semblable pour exclure cette formalité, ou une clause particulière pour la prescrire. Ce procès-verbal de carence prouve bien qu'au X^e^ siècle l'enregistrement des actes sur les registres municipaux avait depuis déjà longtemps disparu et qu'on ne peut attribuer qu'au souvenir d'une antique formule et à la routine des praticiens, l'insertion d'une clause relative à l'insinuation dans une charte isolée.

Notre opinion est conforme, du reste, aux données générales de l'érudition dans la matière. Des études de QUICHERAT et surtout de BRUNNER (1) ont montré qu'à l'époque franque, l'Eglise s'efforça d'obtenir des privilèges au point de vue de l'*alligatio apud gesta*. Des monastères, notamment celui de Saint-Germain des Prés au VI^e^ siècle, semblent avoir obtenu que les donations, consenties en leur faveur, seraient soustraites à cette formalité. Une telle pratique a certainement contribué à la ruine de l'institution. On est fondé à croire, en outre, comme l'a indiqué encore BRUNNER, que dans la Gaule franque l'insinuation revêtit bientôt une autre forme. Au lieu d'insinuer l'acte accompli on le fit attester en présence des officiers publics compétents pour les *gesta*, et, ceux-ci se contentèrent d'y apposer leur souscription. Les curiales jouèrent ainsi le rôle de témoins. Puis, peu à peu, on considéra les souscriptions ou signatures des témoins comme tenant lieu suffisamment de l'insinuation légale.

(1) V. études citées *supra*, p. 14.

L'examen des actes poitevins montre qu'au cours du IX^e^ siècle on est parvenu à ce point de l'évolution de droit. D'une manière générale et constante, l'intervention d'un nombre plus ou moins considérable de témoins suffit pour la validité des contrats, notamment des donations. Mais on constate aussi la présence des officiers publics. Les viguiers et sous-viguiers du Comte assistent en qualité de témoins aux libéralités consenties aux établissements religieux. Ils semblent avoir été investis d'une juridiction gracieuse que leur reconnaissent, du reste, les Capitulaires (1). On peut admettre, croyons-nous, qu'il existe, à cet égard, une certaine analogie entre leurs fonctions et celles des officiers publics compétents autrefois pour les *gesta*, qui avaient fini par devenir de simples témoins dans les actes. Des expressions, au premier examen fort énigmatiques de quelques chartes du Cartulaire de Nouaillé, semblent en fournir la preuve. Le viguier qui joue le rôle de témoin aux libéralités contenues dans ces actes est qualifié parfois de « *supercurionus* » (2). C'est là, à notre sens, un souvenir des fonctions ultimes des officiers publics préposés à l'*alligatio apud gesta*.

Ce souvenir vivace, comme la dispense des formalités de l'insinuation mentionnée dans une charte de Nouaillé du X^e^ siècle, s'explique par la pratique jusqu'à une époque relativement récente de l'enregistrement des actes à la curie de Poitiers.

---

(1) Cap. a. 779, ch. 18 (PERTZ, *Leges*, I, 38).

(2) Une charte de Nouaillé du mois d'août 903, constatant une vente (D. FONTENEAU, XXI, 167, et *B. N. Lat.* 12.757 p. 276 et suiv.) se termine ainsi : presens vero venditio ista... post nos nobilium virorum manibus Pictavis publiciter civitate ad roborandum tradidimus. Parmi les souscripteurs figure : Dodali vicarii *supercurionus*. Une autre charte du même cartulaire à laquelle D. FONTENEAU donne la date de 907 (XXI, 181), rapportée partiellement par DUPUY (B. N. : 841, f° 19) et relative aussi à une vente se termine par la même formule et on trouve également parmi les souscripteurs : Dodali vicarii *supercurionus*. Les originaux de ces deux chartes sont conservés aux Archives de la Vienne, Série H, Nouaillé, Pièces antérieures à 1200, non définitivement classées, n° 17 et 19.

A la fin du VII[e] siècle, elle persiste encore, comme l'a montré la découverte des chartes mérovingiennes de Noirmoutiers (1). Ces actes relatent une importante donation d'Ansoald, évêque de Poitiers, à Saint-Philibert, abbé du monastère de l'île d'Héri ou Noirmoutiers, qui fut insinuée sur les registres de la curie de Poitiers en vertu d'une procuration donnée par le prélat au diacre Launegisele. L'accomplissement de cette formalité eut lieu en présence du *Defensor Civitatis* dont le nom n'est pas indiqué et de toute la Curie (2), soit de sept curiales, du greffier Lupus et du notaire Laudo qui rédigea l'acte de donation et le procès-verbal d'enregistrement.

Ces renseignements précieux témoignent, à coup sûr, de la pratique de l'insinuation en Poitou à la fin de l'époque mérovingienne. Sa durée, après les invasions, s'explique par les services qu'elle rend. Elle contribue à l'efficacité des actes privés dans des temps troublés où les relations sociales sont incertaines. Ce service public paraît ainsi avoir survécu à tous les autres dans quelques villes, notamment à Poitiers. Nous ne croyons pas, en effet, contrairement à l'opinion de M. Tardif, qu'il faille attribuer aux chartes de Noirmoutiers une portée plus considérable. Loin de prouver la persistance du régime municipal gallo-romain, comme l'a écrit ce savant, elles montrent plutôt que la Curie se réduit à un simple bureau d'enregistrement. Les trois formalités requises pour l'insertion de la libéralité d'Ansoald dans les registres publics : la *recitatio*, la *professio*, l'*insinuatio* s'accomplissent devant un magistrat *(defensor)*, un greffier et sept curiales. Le nombre de ces derniers dépasse le chiffre légal, car on a coutume, à l'époque barbare, de multiplier les témoins. Mais peut-on dire qu'ils représentent

(1) L. Maitre, *Canauld, son prieuré et ses archives* (*Bibl. de l'Ecole des Chartes* LIX, 1898, p. 233-261).

Tardif, *Les Chartes Mérovingiennes de Noirmoutier* (N. R. H., 1898, p. 763-790).

(2) *Kal. Aprilis. Excerptum e gestis municipalibus Pictavensis civitatis* (N. R. H., 1898, III, p. 787).

l'ancien Sénat municipal? Les contemporains, de plus en plus ignorants du passé, ont pu le croire, mais on ne saurait l'admettre car il ne fut jamais appelé à remplir un pareil rôle (1). M. TARDIF semble s'être mépris sur la portée des titres honorifiques traditionnels donnés aux curiales : « *Vir laudabilis, defensor... lectissimi curiales* » par le notaire Laudo. Celui-ci n'a fait qu'utiliser d'anciennes formules mentionnant le *Defensor* et les Curiales. On ne peut rien conclure, non plus, des qualificatifs de « *venerabiles vel magnifici* » donnés aux citoyens de Poitiers qui ont apposé leurs souscriptions à côté de celles des dignitaires ecclésiastiques (2). C'est une formule courante, fréquemment employée encore au X^e^ siècle, pour désigner les notables qui jouent le rôle de témoins dans les actes (3).

d) L'AFFRANCHISSEMENT DES SERFS DANS LES ÉGLISES.

Après l'insinuation, la matière des affranchissements nous fournit les souvenirs les plus remarquables du droit romain.

En plein X^e^ siècle et même au XI^e^, des textes nous mettent en présence de l'affranchissement « *in sacrosanctis ecclesiis* » dont l'efficacité fut reconnue par Constantin. On trouve, il est vrai, dans des actes assez nombreux des exemples bien postérieurs de cette *Manumissio* (4), mais la plupart n'offrent pas

---

(1) DECLAREUIL (*Etude Citée*), N. R. H., 1907, p. 489.

(2) Kal. julii, *Donatio Ansoaldi*... a. 677 (N. R. H., 1898, I, p. 783) : « Et ut hœc donatio... plenius fac (ta) robur manus nostre subterfirma- « vimus et fratrorum nostrorum *venerabilium vel magnificorum* civium « Pictaviensium subscriptionibus firmare curavimus... »

(3) Nouaillé, ch. août 903 (D. FONTENEAU, XXI, p. 167) : ...presens vero venditio ista... post nos *nobilium virorum manibus Pictavis publiciter civitate* ad roborandum tradidimus. Même formule dans une charte de février 906 (D. FONTENEAU, XXI, p. 181). Ibid. ch. mai 937 (B. N. 12.757, p. 544 et suiv.) : ...ut haec donatio valet pleniorem in Dei nomine obtineat firmitatem unde manu mea propria subterfirmavi et post *venerabiles viros* ad roborandum tradidi...

(4) MARCEL FOURNIER, *De l'Affranchissement dans le droit Gallo-franc*, p. 81, note 1.

des souvenirs du droit romain d'un intérêt comparable à ceux de quelques chartes de Saint-Hilaire et de Nouaillé. Les actes d'affranchissement du Cartulaire de Saint-Maixent qui invoquent de temps en temps la loi romaine n'ont pas non plus l'importance des précédentes. Ils se bornent, en effet, à rappeler la distinction des affranchis en trois classes : citoyens romains, latins, déditices, et la situation plus favorable des premiers (1).

Deux chartes, l'une de Saint-Hilaire et l'autre de Nouaillé, contiennent beaucoup plus que l'énoncé de ce principe. Elles reproduisent, non sans quelques infidélités, du reste, l'*interpretatio* d'une constitution de Constantin de l'an 321.

« Hoc veteranum jus et lex Romanorum exposcit, ut inter » omnia corpora libertinorum cyves romani meliorem habent » statum, quia testamentum condere possint et heredes relin- » quere, et *qui manumutandi in sacra ecclesia habuerint volump- » tatem, tantum est in sua presencia, sacerdotum vel omnem » clerum servos velint obsolvere et suscepta libertate noverint eos » cyves esse Romanos* ». (St-Hilaire N° 44 vers 976) (2).

Le texte de la charte de Nouaillé est encore plus corrompu que le précédent. Cela semble s'expliquer, comme nous le verrons plus loin, par la différence de date et l'altération des formes de la *Manumissio* dans les Eglises :

« Hoc vetera jura, et lex Romanorum authoritas exposcit, » ut inter omnia libertinorum corpora Romani cives habeant

---

(1) St. Maixent, ch. 92 (1031-1033) : *Hoc inter vetera jura lex Romanorum exposcit ut inter omnia corpora libertinorum cives Romani meliorem habent statum, qui et testamenta condere possint et heredes relinquere.* Même formule : ch. 104 (1040-1044) ; n° 111 (1047 ou 1049).

Ce passage est le texte déformé du *Liber Gaii*, 1 § 4 (Haenel, p. 316) : *Inter haec tria genera libertorum cives romani meliorem habent statum, quia et testamenta facere et ex testamento quibuscum personis succedere possunt.*

(2) Le texte de l'*interpretatio* (*C. Theod.*, IV, 7, 1) est ainsi conçu : *Qui manumittendi in sacrosancta ecclesia habuerit voluntatem, tantum est, ut sub praesentia sacerdotum servos suos velit absolvere, noverit eos, suscepta libertate cives esse Romanos.*

» meliorem statum, qui condere testamentum possint, et » heredes relinquere, *et qui manumittendi in Ecclesia sancta* » *voluntatem habuerit, in tantum ut si servos suos absolvere* » *voluerit ad (a) vinculis servitutis, agnoscat eos libertate suscepta* » *Romanos esse cives* » (1).

(Nouaillé, ch. a. 1077. D. F. XXI, p. 451).

Ces chartes témoignent de la conservation des formes de l'affranchissement dans les églises, appliqué parfois aux serfs, jusque vers la fin du XI^e^ siècle. D'après une constitution de Constantin de l'an 316, conservée au Code de JUSTINIEN, le maître qui voulait donner la liberté à l'un de ses esclaves, devait le faire comparaître dans l'Eglise (2). L'affranchissement résultait de sa déclaration faite en présence des prêtres (3) et du peuple et rédigée par écrit pour conserver le souvenir de l'acte juridique. Cet écrit, qui tenait lieu de l'ancien *instrumentum manumissionis*, paraît avoir été obligatoire (4). Une autre constitution de l'année 321 du même empereur, qui légiféra trois fois à ce sujet d'après SOZOMÈNE (5), confirme que cet affranchissement avait lieu en présence des prêtres. C'est celle qui est rapportée au Code Théodosien. Mais elle consacre, en outre, une importante réforme. Jusque là, en effet, l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis* était assimilé à la *Manumissio* non solennelle. La constitution de 321 décida que les esclaves ainsi affranchis seraient désormais citoyens

(1) Cet acte a été publié par BESLY. *H. des Comtes de Poitou*, Preuves, p. 37 ; THIBAUDEAU, *H. du Poitou*, II, p. 333 ; BREQUIGNY, *Table Chron.* II, p. 162.

(2) C., I, 13, *De His qui in Ecclesiis manumittuntur*, 1.

(3) ACCARIAS observe (*Précis.*, 2^e^ éd., I, p. 138, n. 5) que les constitutions de Constantin employant le pluriel *antistites*, il s'agit ici de simples prêtres, bien que ce mot désigne particulièrement les évêques, par opposition aux autres *clerici*.

(4) Arg. de ces termes de la C. de 316 citée ci-dessus (C. 1, 13)... *ut propter facti memoriam vice actorum interponatur qualiscumque scriptura, in qua ipsi vice testium signent.*

(5) Sozom., *Hist. eccl.*, I, 9.

comme si on avait employé à leur égard la solennité des formes légales (1).

L'*Interpretatio* ne fait que la paraphraser et c'est d'elle que s'inspirent les rédacteurs des chartes de Saint-Hilaire et de Nouaillé. Avant de la reproduire plus ou moins fidèlement, ils ont jugé nécessaire, comme elle parlait d'affranchis citoyens, de rappeler que le droit romain admettait trois classes distinctes et, pour ainsi dire, superposées d'affranchis : les affranchis citoyens, les Latins Juniens et les déditices, parmi lesquels les premiers seuls pouvaient tester et laisser des héritiers (2). Mais il ne faut pas voir, croyons-nous, dans cet énoncé de l'antique distinction des affranchis une allusion à l'effet primitif de l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis* qui, assimilé d'abord à une *Manumissio* non solennelle, ne faisait de l'affranchi qu'un latin junien (3).

Depuis la constitution de 321, ce mode d'affranchissement confère la qualité de « *civis romanus* ». Il a une pleine portée et les *dictatores* entendent seulement le souligner pour parfaire leur acte. A l'abri du texte romain et en vertu de son autorité, ils écrivent que le serf vivra « *cum plenissima ingenuitate* » *omnibus diebus vitae suae, quasi bene fuisset natus vel procrea-* » *tus* » (4). Le Maître l'exempte même vis-à-vis de ses héritiers, du « *servicium* » et de l'« *obsequium libertinitatis* », c'est-à-dire des obligations variables qu'on imposait parfois, en pareil cas, à l'esclave ou à l'affranchi (5). Il lui attribue la propriété de son pécule mobilier et immobilier. Enfin l'affranchi pourra se choisir un patron et ses enfants seront libres comme lui.

---

(1) *C. Theod.*, IV, 7, 1 (C. I. 13, 2) : *Qui religiosa mente in ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem eamdem eodem jure donasse videantur, quo civitas Romana sollemnitatibus decursis dari consuevit.*

(2) Gaius, *Inst.*, III, 57, 58.

(3) Fr. Dosith, § 8 ; Gaius, III, 56.

(4) Ch. de Saint-Hilaire (s. c.), n° 44. Ces passages se retrouvent dans de nombreuses formules : F. de Tours, n° 12 ; Zeumer, p. 141; Rozière, n° 78, 91. etc.

(5) Marcel Fournier (*étude citée*), 34-35.

Les formules romaines, qui constituent le préambule de la charte de Nouaillé, presque identiques aux précédentes, tendent également à souligner l'efficacité de l'affranchissement dans les Eglises. On entend attribuer au serf une pleine liberté : « *ita ut sibi vivat, sibi agat, jureque suo bene ingenuus perma-* » *neat* » (1). Mais il existe quelques différences entre l'acte de Saint-Hilaire et celui de Nouaillé au point de vue des formes de l'affranchissement « *in sacrosanctis ecclesiis* ».

D'après le premier, la *Manumissio* s'effectue suivant le rituel indiqué par les *Leges*, les Capitulaires et les Formules (2). Le maître, l'évêque Ebles dans l'espèce, se présente avec son serf dans l'église de Saint-Hilaire et là, « *ante Cornu altaris* », il lui donne la liberté en présence des clercs et de la foule des fidèles assemblés. L'accomplissement d'une seule formalité paraît omise. C'est la tradition de l'esclave par le maître à l'évêque ou au prêtre qui présidait la cérémonie avec des tablettes sur lesquelles on dressait l'acte d'affranchissement (3). Mais cette omission s'explique aisément ici, car l'auteur de la *Manumissio* était un évêque : Ebles, trésorier de Saint-Hilaire, qui paraît avoir agi seul. Il n'est pas question, non plus, de la lecture, en présence des assistants, d'un *libellus* où on écrivait les renseignements qui pouvaient servir à dresser l'acte d'affranchissement (4). Cette pratique paraît abandonnée au X^e^ siècle. On se contente de faire dresser par un notaire une charte d'affranchissement que signeront le maître et quelques assistants. Tel fut le procédé suivi à Saint-Hilaire où l'évêque et de nombreux religieux souscrivirent l'acte de *Manumissio*. La rédaction d'un écrit est d'un usage courant au X^e^ siècle pour donner la force obligatoire aux conventions

---

(1) Ch. de Nouaillé (s. c.), D. F. XXI, 451.

(2) Marcel Fournier (*étude citée*), 78-79 et notes.

(3) *Lex Ripuaria*, 58, 1 : « *In manu episcopi servi cum tabulas tradat.* »

(4) Saint-Augustin, *Sermon* XXI (Migne, *Patr. lat.* : XXXVIII. Col. 145) ; Rozière, 71 (Marculf, *Append*, 8) ; Ducange, V° *Manumissio*.

ou en conserver le souvenir ; mais elle n'est ici que l'application des dispositions de la constitution de Constantin de 321 (1).

La charte de Nouaillé de 1077 témoigne, comme celle de Saint-Hilaire, de l'emploi de l'écriture pour conserver le souvenir de la *Manumissio* qu'elle constate (2). Mais elle accuse une dégradation plus sensible des formes de l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*. Celui-ci ne s'accomplit pas dans l'église, mais dans la salle capitulaire de l'abbaye (3).

Pour ce motif, le rédacteur de l'acte a-t-il songé à remanier le texte de l'*interpretatio?* On pourrait se le demander en constatant dans le préambule l'omission des mots « *in sua presencia sacerdotum vel omnem clerum* ». Mais on doit plutôt attribuer cette lacune à son ignorance ou à sa négligence, car le corps de l'acte indique expressément que la liberté a été donnée au serf en présence de « *Cunctis monachis et clericis, simul cum laïcis, qui ibidem aderant* » (4).

* * *

Il résulte de l'ensemble des observations précédentes que plusieurs chartes poitevines contiennent des citations plus

---

(1) C. de 331 (*sup. citée*) : *ut propter facti memoriam*, etc.

(2) Nouaillé, D. F. XXI, 451 : ...*Ingenuitatem vero hanc seu chartulam manibus propriis firmavimus.*

(3) Marcel Fournier (*ét. citée*), p. 81 et textes.

(4) Remarquons ici que les notaires emploient parfois, dans les actes relatifs à la vente des serfs, la formule de garantie en usage chez les Romains pour les aliénations d'esclaves. Dans une charte de Nouaillé, par exemple, de l'an 898 (D. Fonteneau, XXI, p. 143), mentionnant la vente par les nommés Ingelard et Adéarde d'une serve, nommée Adaltume, il est dit que celle-ci n'est : ni voleuse, ni fugitive, ni épiléptique, mais au contraire saine en tout son corps et d'un naturel très doux « *non fura, non fuit jectiva, neque cadiva, sed moli mente et omne corpore sana.*

Cette clause a, comme on sait, pour origine une disposition de l'édit du préteur relative aux ventes d'esclaves et faisant au vendeur une obligation de garantir l'acheteur contre les vices de la chose (D. XXI, 1, *De edilitio Edicto*... 1). On la trouve dans les documents de la pratique romaine (Girard,

exactes, parfois plus complètes et plus abondantes de l'*interpretatio* que la plupart de celles des régions voisines, même plus méridionales, et des souvenirs du droit romain jusqu'à une époque relativement récente, toute proche de celle où commença à rayonner l'influence de l'école de Bologne. La prédominance de l'élément romain sur l'élément germanique dans les régions au Sud de la Loire et la durée de son empreinte ne suffisent pas à l'expliquer, car c'est là une considération d'ordre général qui s'applique à tout le Midi de la Gaule.

Au contraire, l'enseignement, donné dans les écoles de Saint-Hilaire de Poitiers et de la Cathédrale, permet de comprendre pourquoi les rédacteurs de certaines chartes, pourvus d'une certaine culture juridique, ont fait appel assez souvent à la loi romaine.

Il ne convient ni de dédaigner absolument ces souvenirs, ni d'en exagérer la portée. Le droit romain vulgaire — celui de l'*interpretatio* — est encore familier à quelques-uns des rédacteurs des chartes au IX^e^ et au X^e^ siècles, et, tout compte fait de leurs méprises, il n'apparaît pas, croyons-nous, du moins dans les actes poitevins, qu'ils en aient fait toujours une application erronée. Mais cette application devient de plus en plus rare à mesure que les lois personnelles s'effacent devant la coutume territoriale. Sur les ruines des *Leges*, des *Capitulaires* et du droit romain, celle-ci va fonder son empire.

Dès le début du X^e^ siècle, les chartes proclament l'autorité

Textes, 4^e^ éd. p. 814. Vente d'un petit esclave, en 142 après J. C. : « *Eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaque solutum, erronem, fugitivum, caducum non esse prestari.* » La formule, allégée du passage relatif à la responsabilité du maître pour le délit de l'esclave, prend place dans les formules franques (Marculf, II, 20 ; Zeumer, 90) et s'inscrit dans les chartes. La charte de Nouaillé, qui la reproduit, ne témoigne pas qu'elle ait été altérée par les *dictatores* au point de devenir presque méconnaissable, comme l'a écrit M. Flach (*Mélanges Fitting. Et. citée*, 415). Le notaire poitevin n'a pas fait de l'épileptique (*caducus*) un captif, ni du voleur un fou furieux (*furor*) comme le rédacteur de certaines chartes de Cluny dont cet auteur généralise gratuitement la portée.

de la coutume de Poitou. C'est la coutume de cette province — mentionne un acte de Nouaillé — que, lorsqu'une terre, donnée à complant, a été bien cultivée pendant cinq ans, elle devient, à l'expiration de cette période, la propriété par moitié du propriétaire et du cultivateur (1).

Cependant, dans le naufrage des lois personnelles, le droit romain conserve encore un prestige qui n'appartient qu'à lui. Il reste la « loi des lois » et le rédacteur de la même charte de Nouaillé n'hésite pas à placer sous son égide la coutume elle-même :

« *Legis legum xansit autoritas, et Theodociana etdicio divul-*
» *gatur (ut) uniuscujusque provinciae Jus, que a legali*
» *auctoritate sibimet discrepare non videtur, jure legitimo*
» *custodiatur* (2). »

M. GARAUD.

(1) Nouaillé, ch. a. 906 (D. FONTENEAU, XXI, 175). Bail à complant consenti à un nommé Adalgardus et à son fils d'un : predium, que nuncupatur Montevinardo juctum I ad complantum impertiri deberem, quod et ultra videmur fecisse, eo demum rite ut postquam in agro Salernico per quinquennium bene fuerit redacta, recte eidem Ecclesiae medietatem in proprios usus partibus ejusdem ecclesiae retorqueri faciad (sic) ex alia nempe de parte, ipsi excultores annis singulis, *Sicut mos provinciae docet*, sumtus reddat.

(2) Nouaillé, ch. a. 906 (Ibid).

EN MATIÈRE D'AFFRANCHISSEMENTS FRAUDULEUX

PAR

A. GUARNERI CITATI

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE MESSINE

EN MATIÈRE D'AFFRANCHISSEMENTS FRAUDULEUX

En étudiant la matière des affranchissements frauduleux je suis parvenu à quelques résultats, qui, touchant à de graves problèmes, peuvent contribuer à les résoudre. Ainsi je crois pouvoir apporter de nouveaux arguments soit pour trancher la question de l'authenticité, au moins substantielle, ou de l'origine byzantine de l'*animus* ; soit pour éclaircir un point controversé de la matière des obligations alternatives ; soit, enfin, pour préciser les conditions d'application et les effets de la loi *Aelia Sentia*.

Il s'agit de résultats beaucoup trop modestes pour constituer un hommage digne du Maître que nous honorons. Je les lui dédie cependant, dans l'espoir qu'il voudra bien les agréer à ce seul titre.

I.

L'Animus fraudandi et la prétendue origine byzantine de l'animus.

Dans le droit romain, l'*animus*, c'est-à-dire l'intention de l'agent, constitue sans doute un des pivots de l'appréciation du rapport créé par l'acte juridique et, par conséquent, de l'application des règles les mieux appropriées à ce rapport.

C'est dans le droit pénal, surtout, que l'*animus* domine sans contredit, en nous montrant à tout instant comment, selon la diversité d'intention, ou même selon l'existence ou l'absence d'intention criminelle chez l'agent, la figure juridique du crime, constitué par l'acte illicite, se modifie ou disparaît tout à fait,

aussi bien que les peines qui en assurent la répression. Par là on en arrive même à pouvoir affirmer que dans le droit romain « la sanzione penale è diretta essenzialmente a colpire la volontà criminosa, *indipendentemente dall' effetto raggiunto* » (1). Et si ce principe comporte quelques exceptions, qui demandent que « factum secutum fuerit », la critique la plus récente les attribue aux Byzantins. Ceux-ci, adoucissant l'ancienne rigueur, requièrent, pour appliquer la peine, « il raggiungimento dell' esito criminoso voluto dall' agente o la violazione del diritto alla cui tutela la legge penale offesa dall' atto criminoso intendeva » (2). Et c'est pour cela que l'on parle continuellement de *animus* (ou *voluntas*) *occidendi*, *furandi*, *iniuriae faciendae*, *supprimendi*, *violandi*, *decipiendi*, *calumniandi* et ainsi de suite.

Mais, même dans les autres domaines du droit, nous voyons que l'on s'en rapporte fréquemment à l'intention, à la *mens*, à l'*animus*, à l'*affectio* (ou *adfectus*) comme élément nécessaire à l'existence d'un acte ou à la production d'un effet juridique déterminés.

Ainsi, tandis que la catégorie générale du contrat présuppose l'*animus contrahendi*, chaque figure ou chaque institution présuppose un *animus* spécifique. La vente, la donation, la novation, le legs, le paiement, la compensation, la société, la possession, l'abandon (*derelictio*), le mariage sont respectivement fondés sur l'*animus vendendi*, *donandi*, *novandi*, *legandi*, *solvendi*, *compensandi*, *contrahendae societatis*, *possidendi*, *derelinquendi*, et sur l'*affectio maritalis*.

Cette recherche psychologique s'étend plus ou moins à toutes les institutions et permet au juriste de remonter, autant que possible, des faits, tels qu'ils se manifestent objectivement, à l'intention de l'agent. En effet l'on tient cette intention pour un élément essentiel et vital du rapport juridique, vivifiant de la

(1) Costa, *Crimini e pene*, p. 206.
(2) Costa, *op. cit.*, p. 214.

sorte la froide réalité extérieure des actes humains par leur élément animateur et moteur. Cette recherche psychologique pénètre donc tout le droit, se substituant graduellement à une époque plus arriérée, où la manifestation de la volonté acquérait sa valeur dans la forme qu'elle prenait en s'extériorisant, à une époque où, par exemple, la célèbre règle *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, était un précepte de droit. Et toutefois, même à cette époque-là, la reconnaissance de la valeur juridique de la *nuncupatio* devait se rattacher intimement au fait que, *normalement*, elle exprimait la volonté du *loquens*.

Mais la méthode historique qui tente de reconstituer, par la recherche des interpolations, l'évolution du droit romain, et distingue nettement le droit classique du droit de JUSTINIEN, ou mieux encore du droit post-classique, a récemment donné lieu à une véritable croisade contre l'origine classique de l'*animus*, manifestant une tendance très décidée à le déclarer partout de création byzantine (1).

En effet quelques *animi* avaient été depuis longtemps l'objet d'études et de soupçons, au sujet de leur authenticité. Citons d'abord l'*animus novandi*, comme condition indispensable de la novation, que, comme on le sait, on a voulu attribuer, depuis longtemps, à JUSTINIEN, qui l'aurait substitué à la condition objective de la *novatio*. Ensuite l'*animus communicandi* et l'*animus transigendi* avaient été considérés comme étant d'origine byzantine, respectivement par CUJAS et par FAVRE. La liste s'était allongée grâce aux interpolations décou-

(1) Et non seulement pour l'*animus*, mais aussi pour *adfectus* et *adfectio*. Quant à *adfectio* voy. mon *Indice delle parole e frasi ritenute interpolate nel Corpus iuris* (*Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, t. XXXIII, s. h. v.) en y ajoutant : *adfectio* = *animus* (volonté, intention); ALBERTARIO, *Archivio giuridico*, t. LXXXIX, p. 255, 256, n. 1) ; *Animus furandi* (*Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, série II, vol. I, fasc. II), p. 13. Quant à *adfectus*, ALBERTARIO, *Arch. giur.*, cit., p. 253 et n. 2 ; *Animus furandi*, l. c. ; *Delictum e crimen* (*Pubblicazioni* cit., vol. III, fasc. I), p. 59. Pour *adfectus furandi* déjà BERGER, *In tema di derelizione* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XXXII, p. 182, n. 3).

vertes pendant les cinquante dernières années. Elles avaient fait naître des soupçons sur d'autres *animi* qui se trouvaient dans des textes remaniés. Je cite les suivants : *animus tribuendae libertatis, credendi, nocendi, compensandi, adimendi legatum, affectio maritalis* (1) etc.

Depuis quelque temps, cependant, on a commencé une étude systématique sur certains *animi* pour prouver que dans leur plus large acception, ou même en totalité, ils sont byzantins.

Ainsi M. PARTSCH, dont la mort prématurée constitue une grande perte pour la science du droit romain, dans son ouvrage sur la *negotiorum gestio* (2) a nié que l'*animus aliena negotia gerendi* soit une condition nécessaire et générale pour l'admissibilité du *contrarium iudicium negotiorum gestorum*. M. BERGER dans un travail sur l'abandon (3) exclut tout caractère classique de l'*animus derelinquendi*, sauf en ce qui concerne une certaine catégorie de choses. Il a même avancé un doute, qu'il a, d'ailleurs, abandonné tout de suite, pour l'*animus furandi*. Et enfin, un autre savant dont la mort prématurée et récente constitue, elle aussi, une grave perte pour notre science, M. Paul HUVELIN, dans un article spécial, niait catégoriquement l'authenticité de l'*animus lucri faciendi* (4).

Mais jusqu'à ce moment-là l'argument n'avait pas été examiné à un point de vue général.

---

(1) Pour cette dernière, KUEBLER (*Ztschr. der Savigny-Stift.*, t. XI, p. 49). Mais l'authenticité de la *maritalis affectio* est attestée par V. F. 253*b*. Voy. BONFANTE, *Corso di dir. romano, Diritto di famiglia* (1925), p. 191, n. 1 ; SOLAZZI, *B. I. D. R.*, t. XXXIV, p. 309 n. 1 « il concetto significato da maritalis affectio apparterrebbe sempre al dir. classico anche se il conio dell'espressione fosse bizantino ».

(2) T. I, p. 37 ;voy. aussi PETERS, (*Ztschr. der Savigny-Stift.*, t. XXXII, p. 269).

(3) *Op. cit.*, p. 182.

(4) *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol* (*Nouv. Revue Hist.*, 1918, p. 73 ss.); (compte-rendu par ALBERTARIO, *Bull. ist. dir. rom.*, t. XXXIII, p. 261 ss.); voy. aussi ARANGIO RUIZ, *Corso. di istitut. di dir. romano*, t. I, p.262, n. 1.

Le mérite de l'avoir considéré de la sorte revient tout d'abord à MM. PARTSCH et PRINGSHEIM dans deux travaux publiés en 1921 en l'honneur de O. LENEL : le premier, qui est resté malheureusement inachevé, a pour titre : *Die Lehre von Scheingeschäft im römischen Recht* ; le second est dédié à l'*animus donandi* (1). Afin de prouver l'origine byzantine de cet *animus*, M. PRINGSHEIM abordait le problème, avec cette puissante ampleur de recherche qui lui est particulière, et il parvenait aux conclusions suivantes : Exception faite pour la matière de la possession et pour le champ des délits dans lequel « hat die Beachtung des animus ihrem guten Sinn » (2), l'*animus* est toujours d'origine byzantine. « Ueberall tritt an die Stelle des klassischen Beachtens der sachlichen Lage, der richterlichen Prüfüng des objektiven Tatbestandes die Rücksicht auf den inneren Willen der Partei » (3).

Mais la conquête de cette grande tranchée de l'*animus*, constituée par la matière criminelle, que M. PRINGSHEIM n'avait pas osé attaquer, a été récemment commencée par notre vaillant écrivain, M. ALBERTARIO. Il a essayé, en effet, de faire un pas décisif dans cette voie, en s'efforçant de démontrer que, en matière de vol, non seulement l'*animus lucri faciendi* était byzantin, mais encore que l'*animus furandi* l'était également (4).

Cependant si les brillantes et savantes études de ces puissants écrivains peuvent nous rendre rêveurs, surtout parce qu'elles contiennent des vérités incontestables (5), je ne crois pas que le point de vue extrême qu'elles représentent, mérite

---

(1) *Ztschr. d. Savigny-Stift.*, t. XLII, p. 227-72 et 273-327.

(2) *Op. cit.*, p. 274.

(3) *Op. cit.*, p. 327. Voy. aussi ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, II, p. 98 ; DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del dir. rom.* (*Arch. giurid.*, t. XCIII, fasc. 2), p. 53-4.

(4) *Animus furandi* déjà mentionné.

(5) Voy. ce que j'écrivais dans ma note *Di un criterio postclassico ecc.* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XXXIII, p. 204).

d'être accepté. En un mot, je ne pense pas que le droit classique ait pu, en tout temps, se passer de considérer la volonté intime des parties.

D'ailleurs il est tout à fait symptomatique que beaucoup d'écrivains n'approuvent pas cette croisade contre l'authenticité de tout *animus*.

Même pour l'*animus novandi*, que l'on peut considérer comme l'exemple classique de l'*animus* d'origine byzantine, on sait que son authenticité a été revendiquée, il y a quelques années, par M. Costa, dans un travail (1) qui est resté submergé dans la marée envahissante des recherches d'interpolations, et qui est resté inconnu à maints écrivains, par ex. à M. Levy. Mais, à l'heure qu'il est, le thème a été repris, et il l'a été dans un sens conservateur, en un ouvrage très court, il est vrai (2), mais plein de pensées profondes et de pénétration, dû à la plume d'un romaniste qui ne s'est pas borné au Corpus iuris et à la théorie, mais qui s'est appliqué à étudier le phénomène juridique dans ses manifestations les plus multiformes : j'ai nommé M. Vittorio Scialoja.

M. Scialoja fait observer d'abord que, d'habitude, on tient pour suspecte la phrase *animo novandi*, tandis que l'on croit authentique l'autre, *causa novandi*, qui renferme, elle aussi, un renvoi à l'intention novatrice des parties, c'est-à-dire, en réalité à leur *animus* (3). Puis, par une analyse terminologique très subtile, il constate que le mot *animus* n'existe pas dans la célèbre loi 8 C. de novat. de l'an 530 ; dans celle-ci, au contraire, on parle de *voluntas novationis* ou *novandi :* phrase, qu'on ne rencontre pas dans les Pandectes, mais qui se trouve dans deux autres textes interpolés du Code. Il en tire la conclusion suivante :

---

(1) *Animus novandi* (*Studi Schupfer*, t. I, p. 45 ss.). Voy. aussi *Storia del diritto romano privato*[2], 1925, p. 432, n. 2.

(2) *Il metodo tenuto dai compilatori* ecc. (*Studi in onore di S. Perozzi*, p. 407 ss.).

(3) Sur cette identité voy. déjà Costa, *op. cit.*, p. 52.

« Questa uniformità (della terminologia) ci induce a ritenere che tali frasi (*nov. animo* e *nov. causa*) già si trovassero negli scritti dei giureconsulti e che l'interpolazione sia stata fatta in molti frammenti allo scopo di accentuare la necessità della ricerca dell' animus ». M. SCIALOJA remarque aussi, se basant sur I. J. III, 29, 3*a* : « il linguaggio dei professori di diritto è qui diverso da quello dell' Imperatore : nel riferire l'opinione dei veteres, cioè normalmente i giureconsulti classici, essi fanno uso della frase *novandi animo* come tecnica e l'attribuiscono ai veteres... D'altronde le parole *animo novandi* se fossero originate nelle scuole bizantine sarebbero la traduzione di parole greche, mentre i greci invece sono molto imbarazzati a tradurle, usano talora parole diverse, talora si attengono alle parole latine stesse ».

Quant à l'*animus aliena negotia gerendi* tout le monde connaît la belle et concluante riposte de M. RICCOBONO (1) à la théorie émise par M. PARTSCH. En effet, mon illustre Maître a démontré que l'*actio negotiorum gestorum*, soit directe, soit contraire, donnée pour la simple gestion objective, est due à JUSTINIEN (2).

Enfin, en ce qui concerne l'*animus furandi* j'ai avancé moi-même (3) mes doutes et mes réserves à l'égard de la thèse de M. ALBERTARIO, en remarquant que non seulement l'hypothèse de gloses n'est pas soutenable, au moins pour *tous* les passages de GAIUS (II, 50 ; III, 208 ; IV, 178), mais aussi que, dans quelques textes du *Digeste*, l'interpolation est bien loin d'avoir été démontrée. Et j'ai remarqué aussi que dans la plus grande partie des cas, le *dolus malus* s'identifie précisément

---

(1) *Dal diritto romano classico ecc.* (*Annali Semin. Giurid. R. Univ. di Palermo*, t. III-IV, p. 244 ss.).

(2) Pour la thèse de M. RICCOBONO, se prononce BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[8], p. 496 ; tandis que M. ARANGIO RUIZ, *Corso*, t. II, p. 251, semble pencher pour la thèse de M. PARTSCH.

(3) *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XXXIII, p. 205, n. 2).

avec l'*animus furandi*. D'ailleurs je ne suis pas le seul qui soit de cet avis. Il est partagé en effet par MM. COSTA (1) et BETTI (2) et il me semble, aussi, par M. BONFANTE (3).

J'ajoute ici que l'expression *animus furandi* se trouve encore dans un autre texte non compris dans le *Corpus iuris* et que M. ALBERTARIO ne prend pas en considération :

« Paul. R. S. II, 31, 35. Qui *furandi animo* conclave effregit » vel aperuit, sed nihil abstulit, furti actione conveniri non » potest, iniuriarum potest ».

C'est un paragraphe qui a été restitué grâce au Code Vesontinus. Or je n'en saurais supprimer les mots *furandi animo* qui coïncident si bien, par contraste, avec la proposition « sed nihil abstulit » et avec le refus de l'*actio furti*. Mais, en tout cas, on pourrait demander : si l'*animus furandi* se trouve dans les additions à une loi barbare occidentale *(lex Wisigothorum)*, pourquoi son origine serait-elle nécessairement *byzantine?* (4)

---

(1) *Storia del dir. rom. privato*[2], 1925, p. 321, n. 4 et 562, n. 1. Lui aussi tient comme non prouvées les trois gloses dans GAIUS, II 50; III, 208; IV, 178. Lui aussi pense que dans D. 27, 3, 2 pr. l'*animus furandi* « costituisce un presupposto necessario della specie consideratavi ». Lui aussi remarque que « il concetto classico del *dolus malus* presuppone ed implica di per sè l'*animus furandi*, che non può essere ritenuto una novità bizantina, anche se si riscontra largamente ricordato in alcuni testi nei quali sia riconoscibile la mano dei Bizantini ».

(2) *Le fonti d'obbligazione* ecc. (*Archivio giuridico*, t. XCIII, p. 277, n. 1). « Una tendenza a mettere in rilievo quest' *animus* v'è certamente. Ma di qui a sostenere che esso sia una creazione sostanziale dei bizantini, c'è, se non sbaglio, un abisso ».

(3) *Istituzioni*[8], 1925 ; en effet il se borne à écrire dans la note 3, de page 502 : « L'illustre e compianto autore (HUVELIN) in uno studio speciale impugnò la classicità dell'*animus* lucri faciendi, l'ALBERTARIO quella dell'*animus furandi* ».

(4) Tout récemment M. DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* (*Arch. giuridico*, t. XCIII, fasc. 2), p. 42, à propos de maintes créations que l'on attribue aux Ecoles a remarqué comme tout-à-fait caractéristique le parallélisme entre l'Orient et l'Occident. Cela signifie que tout ce qui est *post-classique* n'est pas nécessairement *byzan-*

Et pour finir cette brève revue (1), volontairement incomplète, j'aime à rappeler la défense, tout à fait convaincante, à mon avis, que fait maintenant M. BETTI (2) de l'*animus solvendi*, mentionné par GAIUS dans un passage de ses *Institutes* III, 91 *(sed haec species-contrahere)*, que M. ALBERTARIO considère comme post-classique (3).

Mais c'est la nouvelle doctrine dans tout son rigorisme qui semble ne pouvoir pas être accueillie, parce que « di un pò ed anzi direi di parecchio animismo nessun diritto fece e nessun diritto può fare a meno » (4). — « L'animo come il dolo », remarque M. SCIALOJA dans sa notice déjà citée, « fu uno dei principali elementi tecnici che usò la giurisprudenza più progredita per elaborare con più precisa e sottile analisi la materia giuridica » (5), et par conséquent, ainsi que l'affirme M. COSTA : « che i classici abbiano potuto trascurare sistematicamente, nella disciplina dei singoli negozi, il riguardo all' elemento subiettivo dei contraenti è in massima incredibile » (6). Plus récemment encore M. BETTI a ainsi exprimé sa pensée : « Che i classici facessero *sempre* e *completamente* a meno di considerare l'*animus* di chi compiva un negozio giuridico o un atto illecito e persino di chi aveva un possesso (7) : ecco un' idea che a me non vuol sembrare tanto intuitiva » (8). Enfin M. BONFANTE,

---

tin. La crise du droit romain à l'époque du Bas-Empire donna lieu à des phénomènes analogues en Occident aussi bien qu'en Orient, car il s'agissait d'une évolution tout-à-fait naturelle et spontanée.

(1) Pour l'*animus donandi* il est tout-à-fait remarquable que M. BONFANTE, *Ist. cit.*, p. 512, ne fait pas mention du travail de M. PRINGSHEIM.

(2) *Op. cit.*, pp. 274 ss., 284 ss.

(3) *Riv. di dir. comm.*, 1923, I, p. 495 s., 498 s.

(4) Je reproduis ces paroles avec le consentement de M. PEROZZI, qui me les a adressées dans une correspondance privée.

(5) *Op. cit.*, p. 413. Voy. ci-dessous, dans le texte, ce que j'écrivais moi-même.

(6) *Storia del diritto romano privato*, p. 562, n. 1 i. f.

(7) Pour l'*animus possidendi* on n'a jamais, que je sache, douté de son origine byzantine. Voy. aussi BONFANTE, *Diritto di famiglia*, p. 191, n. 1.

(8) *Op. cit.*, p. 277. Les mots transcrits plus haut sont précédés de ces autres : « sono disposto a riconoscere che il riferimento all'*animus* risponde,

dans une phrase des plus incisives et des plus significatives, manifeste ainsi son avis : « Come in molti altri punti (*reverentia, favor* etc.) questa lotta concerne a ogni modo più che altro la frase... » (1).

Ces paroles et ces opinions m'entraînent à croire que je ne me trompais pas quand j'écrivais : « Credere che tutto si fosse ridotto nell' intera epoca classica alla ricerca di elementi esteriori obbiettivi, prescindendo dalla mens, che essi stessi, perfino, potevano rivelare è cosa azzardata : e significa togliere alla giurisprudenza aurea uno dei suoi compiti precipui e dei suoi strumenti più poderosi per regalarlo ai Bizantini » (2).

Je n'entends, naturellement, pas affirmer que la mention de l'*animus* et de ses synonymes soit toujours authentique (3). J'avoue que de nombreux textes, au nombre desquels il est bien possible qu'on en rencontre même des préjustiniens, peuvent contenir des adjonctions en ce sens. J'affirme seulement :

1° que les passages faisant mention de l'*animus* ne sont pas tous falsifiés, et que pour la même raison *animus* et *adfectus*, considérés dans le sens de volonté, d'intention, sont quelquefois authentiques ;

2° que, et voilà l'essentiel, l'analyse de l'élément intentionnel des parties, son évaluation, la reconnaissance de sa valeur juridique n'étaient pas et ne pouvaient pas être inconnues aux classiques, même au-delà et en dehors de la matière de la possession et des délits.

Pour prouver ces deux affirmations, il faudrait un volume, et c'est peu dire. Je me bornerai donc à démontrer l'authenticité sinon formelle, au moins substantielle, d'un *animus* ignoré jusqu'ici de la critique, et à examiner, en outre, pour

---

in generale, allo spirito del diritto postclassico e giustinianeo. Debbo però soggiungere che, se nella tesi in discorso v'è una parte di vero, vi é anche una buona dose d'esagerazione ».

(1) *Diritto di famiglia*, p. 191, n. 1.

(2) *Bull. cit.*, t. XXXIII, p. 204-5 et n. 10.

(3) Voy. aussi, maintenant, Betti, *l. c.*

conclure, quelques textes dans lesquels l'importance de l'élément subjectif paraît indiscutable, et, sans contredit, classique.

Le résultat de cette étude légitimera ce que nous venons d'avancer.

* * *

Quelques recherches, que j'ai faites sur la loi *Aelia Sentia*, m'ont mis en présence d'un *animus*, l'*animus fraudandi*, qui a, jusqu'à présent, échappé au sort commun, étant caché entre les plis protecteurs des Institutes de JUSTINIEN, qui n'ont pas encore un dictionnaire spécial (1).

Or je me propose de rechercher au cours d'un examen consciencieux des sources, si *animus fraudandi* et *consilium fraudis* rendent substantiellement la pensée classique. En ce cas, la doctrine sur l'origine byzantine de l'élément intentionnel devra être plus soigneusement revue ; ce qui permettra d'affirmer, que, même si l'expression « *animus...* » est *post-classique* (2), sa substance ne l'est pas (3).

La loi Aelia Sentia frappait de nullité les affranchissements accomplis *in fraudem* des créanciers et des patrons (4). Il fallait donc, pour l'application de cette loi, pouvoir préciser les conditions établissant la fraude. La jurisprudence avait satisfait à cette exigence en demandant la coexistence de deux éléments, l'un objectif, l'*eventus damni*, et l'autre subjectif, le *consilium fraudis* ou *animus fraudandi* (5).

---

(1) Celui qui a été annoncé depuis longtemps par M. VASSALLI sera publié prochainement dans les volumes de la « Fondazione Castelli ».

(2) On a vu que M. SCIALOJA, en doute ; je reviendrai sur ce point plus loin.

(3) Contre les objections qui pourraient m'être faites, voy. *infrà*, p. 14 ss.

(4) GAI., I, 37. 47 ; *epit.*, I, 1, 5. 6 ; ULP., *Reg.* I, 15 ; *Iust. Inst.*, I, 6 pr. D. 28, 5, 58 ; 40, 9, 8. 25 ; 42, 8, 23.

(5) Voy. BUCKLAND, *op. cit.*, p. 560 : « manumission... intentionally fraudulent ».

Négligeons le premier de ces éléments et arrêtons-nous au second (1). Est-il authentique? Je n'en doute pas, sans exclure pourtant, que quelques textes ont pu être interpolés et que l'expression même *animus fraudandi* est soupçonnable.

Pour qu'il y eût *fraus*, l'*eventus damni* ne suffisait pas, mais il fallait de plus un élément subjectif de la part de l'agent, c'est-à-dire la connaissance que l'acte que l'on allait accomplir, nuisait aux intérêts de quelqu'un ; qui dans ce cas étaient ceux des créanciers ou des patrons (2).

Si, en accomplissant cet acte, il y avait cette connaissance, il y avait aussi, par conséquent, la volonté de frauder les créanciers, même lorsque cela ne constituait pas la cause déterminante de l'acte même.

Que, en général, il n'y eût pas de fraude sans *consilium*, c'est D. 50, 17, 79, qui nous le dit.

Papinianus *libro XXXII quaestionum* Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur.

Le texte a pu subir quelques modifications, par exemple l'addition du *semper*, qui, c'est connu, a été largement employé par les compilateurs (3) ; peut-être aussi des mots *in iure civili*. La règle qui y est édictée à propos de la loi Julia et Papia (4) pourra présenter quelques exceptions : pour les fidéicommis, par ex., dans lesquels on ne s'occupe que de l'*eventus damni* (5). Mais la substance, à mon avis, en est inattaquable.

Enfin je trouve dans le parallélisme de notre hypothèse

---

(1) Sur lequel voy. Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti*, chap. II, Consilium fraudis (*Studi e documenti di storia e di diritto*, XXII (1901), pp. 374 ss.).

(2) Nous ne parlerons ensuite que des premiers.

(3) Voy. mon *Indice*, s. h. v.

(4) Voy. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*.

(5) C. 7, 11, 7.

avec l'action paulienne (1) et l'*interdictum fraudatorium* (2), qui avaient un but identique à celui de la loi Aelia Sentia, et pour l'application desquels on demandait le *consilium fraudis* (3), un autre argument qui nous porte à considérer comme authentique la condition du *consilium fraudis* pour la nullité de l'affranchissement.

* * *

Je ne crois pas inutile de faire à ce sujet une digression destinée à renforcer toujours davantage cette idée.

Dans le D. 42, 8, 10 § 1 on admet comme *ius receptum* la révocation des actes accomplis en fraude des créanciers que le débiteur n'avait pas l'intention de tromper : « *quos fraudare noluit* ». Le *consilium fraudis* disparaît ici d'une manière absolue. La dialectique la plus serrée n'a pu, à mon avis, prouver le contraire (4), mais je crois que cette exception est due à l'intervention des compilateurs.

Le cas dont nous avons à nous occuper est le suivant : Titius, pour frauder ses créanciers, aliène quelque chose, ou, dans son testament, affranchit des esclaves. Quelque temps après, il s'acquitte envers ses propres créanciers, de manière que, étant exclu l'*eventus damni*, l'aliénation ou la *manumissio testamento* sont parfaitement valables, même envers les créanciers nouveaux, c'est-à-dire envers les créanciers devenus tels

---

(1) Je ne m'occupe naturellement pas des différentes questions concernant cette action ; on en peut trouver une excellente exposition dans Arangio Ruiz, *Corso cit.*, t. II, p. 152 (et n. 1) ss.

(2) *L'interdictum Fabianum* aussi bien que l'*edictum Calvisianum* faisaient mention du dol : ... dolo malo ... quo minus pars .... perveniat (perveniret). Lenel, *das Edictum perpetuum*^{2}, p. 340-41.

(3) D. 42, 8, 10, § 14. 17 § 1. 25 § 3 ; 46, 3, 96 pr.; 36, 1, 69 §§ 1-2 ; 21, 1, 43 § 7 (l'interpolation du dernier texte [Solazzi-Krueger] ne porte pas sur le *consilium fraudandorum creditorum*). Voy. Solazzi, *op.* et *l. cit.* Il faut excepter de cette règle les donations *mortis causa*. Cf. D. 39, 6, 17 ; 38, 5, 1 § 1 ; Fragm. de formula Fabiana, § 6.

(4) Solazzi, *op. cit.*, p. 382 s.

après l'aliénation ou les affranchissements. Mais si les anciens créanciers ont été payés avec l'argent des nouveaux, alors, quoique Titius n'ait pas eu l'intention de frauder ces derniers, la précédente aliénation ou *manumissio* est réputée faite en fraude à leur égard et, par conséquent, elle doit être révoquée.

Or c'est précisément sur cette décision que j'ai de graves doutes, et cela pour deux motifs :

1° l'inexistence, que le jurisconsulte même constate expressément, du *consilium fraudis*, qui, comme on l'a déjà remarqué, était réglementairement indispensable pour que l'acte pût être révoqué ;

2° la circonstance que l'acte frauduleux était *antérieur* à la création des nouvelles créances. Mais un acte peut être considéré comme frauduleux uniquement eu égard aux obligations qui existaient déjà, et non à celles qui vont être contractées.

Ce que nous avançons, et qui nous paraît d'ailleurs d'une évidence intuitive (1), est prouvé par le fr. 27 pr. D. 40, 9 Hermog. 1 *iuris epit.* In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit, sive in diem vel sub condicione sit debitum. diversa causa est legati sub condicione relicti: nam antequam condicio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur.

D'après l'exégèse que M. Vassalli (2) nous a donnée de ce texte, Hermogenien aurait probablement écrit, à l'origine, « si dies solvendae pecuniae iam cessit » tout court. Tout en ayant quelques doutes au sujet de cette restitution (3), je suis

(1) Le créancier ne peut compter, pour sa garantie, que sur le patrimoine actuel (et sur ses accroissements futurs) du débiteur : Solazzi, *op. cit.*, p. 415.

(2) *Dies vel condicio* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XXVII, p. 229).

(3) Tout récemment M. Beseler, *Miszellen* (*Ztschr. Savigny-Stift.*, t. XLV, p. 458) écrit : « In (40.9) 27p ... ist dies sive durch et si zu ersetzen und iste zu streichen : unrichtig Vassalli 229 ». Je pense que M. Beseler est ici, selon son expression, « zu konservativ ».

du même avis que M. VASSALLI, pour ce qui touche l'affirmation que le texte a été remanié. Nous nous demandons en effet : Quelle pouvait être la base de la distinction entre la dette conditionnelle et le legs *(per damnationem)* conditionnel? Pourquoi le stipulant est-il créancier *antequam condicio extiterit,* tandis que le légataire ne l'est pas?

Mais n'oublions pas, toutefois, qu'HERMOGENIEN appartient à une époque récente ; admettons même que la substance de notre texte soit authentique. Il est certain, de toute façon, qu'il en résulte très clairement qu'il fallait que la dette, même conditionnelle ou non encore échue, existât déjà au moment où l'on accomplissait l'acte frauduleux. Au contraire, dans l'hypothèse que nous examinons, la dette contractée vis-à-vis des nouveaux créanciers n'avait pas encore surgi. Et l'on ne peut pas affirmer d'ailleurs que les créanciers *posteriores* soient identiques aux *priores*, et vice-versa, et que, par conséquent, les créanciers venus après l'accomplissement de l'acte frauduleux, doivent ou peuvent se considérer comme existants déjà à ce moment-là. Pour admettre l'identité des créanciers, c'est-à-dire celle de la créance, il faudrait reconnaître ici une succession dans la dette, ce qui, toute autre question à part, ne peut pas résulter de la simple circonstance du paiement de l'ancien créancier avec l'argent du nouveau (1). Ou bien il faudrait penser à une *fictio*, dont on ne trouve cependant aucune trace dans nos lois. Nous nous trouvons donc en présence, non pas d'une solution juridique, mais d'une solution équitable et, il faut ajouter, d'une équité un peu *cerebrina.*

Cela dit, tâchons de voir si nos textes nous offrent, par leur forme même, quelques appuis, qui autorisent à y suspecter des altérations.

D. 42, 8, 10 § 1 ULPIANUS *libro septuagensimo tertio ad edictum.* Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum

(1) Voy. plus largement ci-dessous, p. 17-8.

causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, [*si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est,*] cessat revocatio : (sed et) si [*autem*] horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit revocationi locum (non) fore. secundum hanc [*distinctionem*] et ab imperatore Severo et Antonino rescriptum est eoque jure utimur.

Ulpien commence par affirmer que l'on révoque l'aliénation « *ita demum... si eventum fraus habuit* », et que l'*eventus* se vérifie toutes les fois que « hi *creditores, quorum fraudandorum causa fecit* », et non pas d'autres, « *bona ipsius vendiderunt* ». Mais alors il était tout naturel que le jurisconsulte continuât : « ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit (1), et alios sortitus est (-), cessat revocatio ».

Il faut remarquer maintenant que la forme du texte confirme cette hypothèse, puisqu'elle montre d'une manière évidente, que le passage [*si quidem... est*], que nous avons effacé, a été ajouté après coup par une autre plume. En effet, quand on relit le texte :

« ... ceterum si illos dimisit... et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus ... alios postea sortitus est, cessat revocatio »

on voit clairement, même en laissant de côté la forme *si quidem... autem* (2), qu'on ne peut pas attribuer au même Ulpien la pénible reprise avec cette insupportable répétition : « alios postea sortitus est ». En outre il faut remarquer l'étrangeté de la forme « simpliciter (3) dimissis prioribus » employée pour dire que la *dimissio* ne fut pas accomplie *pecunia posterio-*

(1) Remarquons toute la valeur de cette répétition.

(2) V. *Indice*, s. v. autem.

(3) On a déjà vu dans le mot *simpliciter* un indice d'interpolation : Pringsheim, (*Ztschr. d. Savigny-Stift.*, t. XLII, p. 660, n. 3).

rum. Et on ne peut pas s'empêcher d'observer que l'addition du mot *postea* dans la phrase « alios postea sortitus est » essaye de restreindre, ou tout au moins de préciser, en l'accentuant, l'hypothèse émise précédemment par le jurisconsulte (« et alios sortitus est »). En outre cette addition semble être sans valeur, et elle ne l'est pas, parce qu'elle exclut la possibilité que les créances nouvelles aient été contractées avant l'exécution des anciennes, et par conséquent, que les anciens créanciers aient pu être payés avec l'argent des nouveaux. Il n'est pas à exclure donc que le mot *postea* annonce et prépare l'interpolation, tandis qu'il semble authentique dans le fr. 15 D. 42, 8 Jul. 49 *dig.* « ...deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit » (1).

Continuons. Le mot *autem* semble une insertion dépendante du *si quidem*, de même que l'affirmation « revocationi locum fore » dérive du « simpliciter dimissis prioribus ». Elle est pour cela même plus suspecte que jamais. Ajoutons que l'explicite mention de la circonstance « que le débiteur n'a pas eu l'intention de frauder ses seconds créanciers » aurait été inutile dans le cas où l'on aurait voulu admettre la révocation, tandis qu'elle est essentielle pour la nier. Ajoutons encore que la révocation nous semble tout à fait déplacée, parce qu'au moment où le débiteur contractait les nouvelles créances, il avait déjà accompli les aliénations, et, par conséquent, les créanciers, en lui prêtant leur argent, ne pouvaient compter que sur le patrimoine qui lui restait. Il est évident qu'il était de leur intérêt de se renseigner exactement au sujet des biens que Titius possédait encore. Si, au contraire, ils avaient connaissance de ces aliénations, la révocation alors eût été absurde.

---

(1) Le *postea*, que l'on rencontre dans le fragment de Julien, ne permet pas, naturellement, d'argumenter *à contrario*, en ce sens que si les nouvelles créances étaient contractées avant l'extinction des anciennes, mais après l'aliénation ou l'affranchissement frauduleux, on devrait tenir ces deux actes pour *irriti*. La créance doit être antérieure aux actes opposés.

Il ne faut pas oublier, enfin, que le texte exclut tout rapport direct entre les premiers et les seconds créanciers. C'est le débiteur qui fait tout ; d'un côté il contracte les nouvelles dettes ; de l'autre il paye les anciens créanciers (illos *dimisit*, priores *dimisit*), tandis qu'une succession dans les droits de ces derniers ne s'expliquerait que comme conséquence d'une cession (1). Or comme cette cession devait en outre se produire sous la forme de la représentation judiciaire elle aurait laissé subsister l'obligation du cédant (tandis qu'ici le texte suppose l'extinction des premières dettes), le cessionnaire ayant qualité de mandataire du cédant.

En outre le « secundum hanc [*distinctionem*] » est également interpolé, et il apparaît tel même d'après sa forme de style des compilateurs (2) ; c'était peut-être : secundum hanc sententiam (3).

Tout, donc, confirme l'hypothèse suivant laquelle Marcel avait écrit : « revocationi locum *non* fore ». Si pour les premiers créanciers on avait eu le *consilium fraudis* et non pas l'*eventus*, pour les seconds, on avait eu l'*eventus* et non le *consilium*, tout à fait indispensable à la révocation. Cfr. D. 42, 8, 15.

Nous retrouvons la même question discutée en matière d'affranchissements testamentaires. Elle est tranchée par Julien dans le D. 42, 8, 15 dans le sens de leur validité « quia libertates ut rescindantur *utrumque in eorundem persona*

---

(1) Je rappelle, *ad abundantiam*, pour l'analogie : 1) que la novation éteint les garanties personnelles et réelles, ainsi que les privilèges (D. 46, 2, 18 ; C. 3, 1, 1 ; 8, 26, 1 ; 8, 40, 4 ; je supprime la riche littérature sur ces textes) sauf pacte explicite contraire (C. 8, 26, 1) ; 2) que la subrogation hypothécaire n'est possible qu'entre les créanciers gagistes à divers degrés et non entre créanciers gagistes et créanciers chirographaires.

(2) J'extrais de mon *Indice* (que je cherche à compléter et à tenir au courant) le mot *distinctio* : Albertario, *SSGS*, 5, 87^4, 89 ; Pringsheim, *SZ*, 41, $260e^2$; *Festschr. f. O. Lenel*, 224 ss. ; Beseler, 4, III — *d. haec* Albertario, *Delictum e crimen*, 27 — *sine ulla distinctione* Bonfante, 2, 149.

(3) Le texte pourrait se rétablir également ainsi : « *non* fore. et *ita* ab imperatore rell. ».

exigimus et consilium et eventum ». Une loi de PAUL, qui y fait suite, borne cependant cette solution à l'hypothèse où la *dimissio* n'a pas eu lieu *pecunia posteriorum*. Le texte de JULIEN sera rapporté dans son entier plus loin. Je me borne ici à en indiquer seulement la conclusion.

D. 42, 8, 15... [*libertates itaque ratae sunt,*]

16 PAULUS *libro quinto responsorum* PAPINIANI (*notat* add. Hal.) [*ni*]si priores pecunia posteriorum dimissi probentur.

Le texte de PAPINIEN annoté par PAUL nous est conservé dans

D. 40, 9, 25 PAPINIANUS *libro quinto responsorum* In fraudem creditorum testamento datae libertates prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores irritae (non PAP.) sunt.

On lit dans les Pandectes « *irritae sunt* », mais il est certain que PAPINIEN écrivit : « *irritae* NON *sunt* ». L'affirmation de M. SOLAZZI (1) en ce sens n'admet pas de discussion. On ne peut pas, en effet, imaginer que PAPINIEN ait accepté comme règle générale la nullité des affranchissements pour des dettes contractées postérieurement.

Examinons maintenant le fr. 16.

D'un côté il est certain que les derniers mots du texte de JULIEN « libertates itaque ratae sunt » ont été interpolés en les copiant du précédent « libertates datae ratae esse debent », afin d'insérer le tout petit fragment suivant qui contient la note de PAUL à la réponse de PAPINIEN ; de l'autre côté cette note, en elle-même et par elle-même, indépendamment des raisons substantielles que nous venons d'énoncer, soulève de

(1) *Op. cit.*, p. 375, n. 3. M. SOLAZZI se base aussi sur le mot *nisi* du fr. 16 D. 42, 8, que nous croyons interpolé ; mais si on y substitue, comme nous le faisons, l'*etsi* (ou *quamvis* ou *licet*) l'argument demeure le même. M. BUCKLAND, *Law of Slavery*, p. 563, signale une tentative de conciliation entre les textes; cependant il la repousse et conclut que « on the whole it seems more probable that Papinian's text is a little too widely expressed ».

graves doutes. Pourquoi ne se trouve-t-elle pas à sa place naturelle, c'est-à-dire à la suite du fr. 25 D. 40, 9 contenant la réponse de PAPINIEN? Pourquoi, tirée de la masse papinienne, a-t-elle été placée ici entre deux textes de la masse sabinienne (D. 42, 8, 15 et 17)? Et il est à remarquer que, tandis que la masse papinienne du livre XL, titre 9, compte deux fragments de PAUL, la masse correspondante du livre XLII, titre 8, contient seulement celui qui porte le nº 16.

La réponse la plus naturelle pour expliquer la place qu'occupe la note pauline est la suivante :

Tandis qu'elle ne pouvait pas être conservée à côté du fr. 25 D. 40, 9, parce que celui-ci sanctionnait sans distinction la nullité des affranchissements *(libertates... irritae sunt)*, elle était parfaitement à sa place après le texte de Julien, qui, au contraire, en affirmait, et sans restriction, la validité. Ceci nous met à même de résoudre une question, qui n'a pas été traitée par M. SOLAZZI, c'est-à-dire l'origine de la disparition dans le fr. 25 du mot *non*, qui, comme nous venons de le remarquer, devait exister dans la rédaction originaire du passage de Papinien. L'absence de ce mot « *non* » n'est pas, selon moi, le résultat d'une omission fortuite, mais d'une suppression volontaire des Compilateurs. Une rédaction trop absolue de ce fragment ne devait pas avoir à leurs yeux une grande importance, parce qu'il devait être interprété en connexion avec les deux autres lois, D. 42, 8, 10 § 1 et 16. Ce qui révèle toute la pensée des commissaires.

D'autre part la note de PAUL à la réponse de PAPINIEN. « nisi priores pecuni.. posteriorum dimissi probentur » est, sous cette forme, plutôt invraisemblable. En effet, il me semble peu admissible que PAUL ait corrigé en ce sens le texte de PAPINIEN. La note de PAUL aurait reproduit ce qui était déjà l'opinion dominante depuis MARCEL, renforcée par des rescrits de SÉVÈRE et ANTONIN. En un mot, elle aurait appliqué le droit qui était en vigueur même avant PAPINIEN ; c'est-à-dire que les nouveaux créanciers, dont l'argent avait servi à payer les anciens,

devaient être considérés comme fraudés eux-mêmes par les actes accomplis en fraude contre ceux-là.

Mais si tout cela était vrai (tandis que l'interpolation du fragment d'ULPIEN, nous donnant ces nouvelles, nous paraît certaine), est-ce que PAPINIEN aurait accueilli dans ses *libri responsorum*, si soigneusement élaborés, une réponse par laquelle il affirmait tout court : « libertates... propter novos creditores irritae non sunt »? Au contraire, n'aurait-il pas dû subordonner la validité des *libertates*, à la condition que les *priores creditores* n'aient pas été payés *pecunia posteriorum*, selon le *jus receptum*?

La réponse tranchante de PAPINIEN : *irritae (non) sunt* nous confirme, donc, dans l'exégèse que nous avons faite du fr. 10 § 1 D. 42, 8 ; par conséquent, elle nous confirme aussi dans l'opinion que, selon MARCEL aussi bien que selon les constitutions impériales, l'acte frauduleux au préjudice des *priores creditores*, ne pouvait pas, même s'ils avaient été payés *pecunia posteriorum*, être considéré comme accompli également en fraude des seconds, qui étaient venus postérieurement.

Cet ensemble d'observations me porte à croire que la note de PAUL à la réponse de PAPINIEN devait avoir un caractère simplement explicatif, et qu'elle disait

etsi priores pecunia posteriorum dimissi probentur,

selon la reconstitution que nous avons faite du fr. 10 § 1 D. 42. 8.

Il en résulte que les seuls textes qui dans les affranchissements frauduleux ne requièrent pas de *consilium fraudis*, sont, à mon avis, interpolés.

Or, si la jurisprudence considérait comme indispensable le *consilium fraudis* pour que l'on pût révoquer les actes en fraude des créanciers, il est permis de croire que le *consilium fraudis* était aussi nécessaire en matière d'affranchissements frauduleux. Il est vrai que pour les actes en fraude aux créanciers l'Édit employait les expressions « *fraudationis, fraudandi*

causa » (1), tandis que, à notre avis, la loi *Aelia Sentia* se bornait, elle, aux mots *in fraudem* (2). Mais, outre que le but était identique, l'équivalence des deux expressions résulte encore de la circonstance que les jurisconsultes, au lieu de *fraudationis* ou *fraudandi causa*, écrivent le plus souvent *in fraudem* tout court (3) et que, en ce qui concerne la loi *Aelia Sentia*, on parle indifféremment d'affranchissement *in fraudem* ou *fraudandorum creditorum causa* (4).

Il faut tenir compte, enfin, qu'il aurait été injuste, lorsqu'il s'agissait de sauvegarder les intérêts des créanciers, d'appliquer aux affranchissements une condition moins favorable qu'aux autres aliénations, même gratuites, accomplies par le débiteur. Cela se serait opposé, en outre, au *favor libertatis* (5).

II.

Après ces quelques remarques, il est temps de passer en revue les textes qui, en matière d'affranchissement frauduleux, mentionnent l'élément intentionnel. On le trouve explicitement (6) indiqué sous quatre formes différentes :

a) animus (fraudandi) (7) ;

b) consilium fraudis (fraudandorum creditorum) (8) ;

---

(1) LENEL, *Das Edictum perpetuum*^{2}, §§ 225, 268.

(2) GAI ; I, 37 ; *epitome* I, 1, 5. 6 ; ULP. I, 15 ; mais l'expression *fraudandorum creditorum causa* se rencontre dans Gai., I, 47 ; fragm. Dosith., 16 ; D. 28, 5, 56, PAUL. 1 ad l. Ael. Sen. ; 40, 9, 16 § 12, PAUL. 3 ad. l. A. S. ; [8 pr. Afr. 3 quaest.]. Cependant I. I, 6 pr., § 3 m'autorisent à croire que le texte de la loi portait les mots « *in fraudem* ».

(3) Voy., par ex., D. 42, 8, 1 §§ 1, 2. 2. 3 pr. 4, 6 §§ 8, 9, 10. 7. 10 §§6, 10, 14. 12, 17 pr. 18. 20. 21. 22 etc. etc.

(4) Voy. la note 7.

(5) On a beaucoup suspecté le *favor lib.* (voy. mon *Indice*, s. v. *favor*), mais il est certain qu'il n'était pas inconnu des juristes classiques.

(6) Il est compris implicitement dans le mot même *fraus* ; quelquefois même la phrase *in fraudem* acquiert une signification plus profonde à cause du contexte. Cf. D. 40, 9, 11 § 1 et 42, 8, 23.

(7) I. I, 6 § 3 ; C. 7, 11, 1.

(8) I. I, 6 § 3 ; D. 40, 4, 54 § 1. 57 ; 40, 5, 4. § 19 ; 40, 9, 7 pr. 10 ; 42, 8, 15 ; C. 7, 8, 2 ; 7, 11, 1, 7 (*voluntas*).

c) connaissance que l'on est ou devient insolvable (1) ;

d) causa fraudandorum creditorum (2), qu'on ne peut pas séparer d'une manière absolue de l'élément intentionnel.

Je dispose ces textes, autant que possible, par ordre chronologique et par auteurs :

A) Sources antérieures à JUSTINIEN.

GAIUS.

Inst., I, 47. In summa sciendum est, cum lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere...

Les mots *in fraudem* du § 37 équivalent donc à ces autres : *fraudandorum creditorum causa*. Il faudra se garder de l'oublier, lorsque nous examinerons les autres textes de GAIUS.

? (3).

Fragm. Dositheanum, 16... lex Aelia Sentia, quae prohibet servum creditorum fraudandorum causa manumissum civem Romanum fieri...

B) Compilation de JUSTINIEN.

a) Digesta.

SABINUS et CASSIUS.

D. 40, 4, 57 GAIUS *libro tertio de manumissionibus.*

... consequens Sabini et Cassii sententiae,... qui existimant consilium quemque manumittentis spectare debere.

Ce morceau est tiré d'un passage plus étendu que M. BESELER (4) considère comme remanié. Je crois, au contraire, à l'authenticité de la *Sabini et Cassii sententia* sur la portée des mots *in fraudem* de la loi Aelia Sentia. Me bornant ici à

---

(1) D. 40, 9, 16 § 5. 23 ; 42, 8, 15.

(2) GAI., I, 47 ; *fragm. Dosith.*, 16 ; D. 28, 5, 56 ; 40, 9, 5 § 1. 16 § 2 [8 pr.?].

(3) On ne connaît pas avec certitude l'auteur du fragment dit de Dosithée ; pour les différentes attributions et la bibliographie, voy. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, t. II, p. 254-55.

(4) *Beiträge z. Kritik d. Rechtsquellen*, t. IV, p. 160.

cette simple affirmation je renvoie le lecteur à l'examen que je ferai plus tard de la loi de GAIUS (1).

NERATIUS.

D. 28, 5, 56 (55) PAULUS *libro primo ad l. Aeliam Sentiam.*

Si is qui solvendo non est primo loco Stichum, secundo eum cui ex fideicommissi causa libertatem debet liberum et heredem instituerit, Neratius secundo loco scriptum heredem fore ait, quia non videtur creditorum fraudandorum causa manumissus.

Je répute authentique la fin de ce texte, malgré l'analogie frappante qu'elle présente avec celle, qui est, au contraire, interpolée, du fr. 5 § 1 D. 40, 9 (2). Il s'agit, en effet, d'une décision excellemment juridique.

Si plusieurs esclaves avaient été institués comme héritiers *cum libertate* par un maître qui n'était pas solvable, la loi Aelia Sentia disposait « uti quisque primus scriptus sit, heres sit » (3), mais à la condition qu'il n'y eût pas d'autre héritier « ex eo testamento » (4). Par conséquent, dans le cas spécial que le texte considère, c'était Stichus qui aurait dû être l'héritier, parce qu'il avait été inscrit *primo loco*. Mais, le second, ayant déjà droit à la *libertas ex fideicommisso*, ne devenait pas citoyen et héritier *in fraudem creditorum*, et il pouvait, ainsi, être institué héritier sans aucun obstacle. Il en résultait naturellement que c'était lui, et non le premier, qui devait être l'héritier « quia non videtur creditorum fraudandorum causa manumissus ».

JULIEN.

1) D. 42, 8, 15 JULIANUS *libro quadragensimo nono digestorum.*

Si quis, cum haberet Titium creditorem et sciret se solvendo

(1) Voy. *infra*, p. 30 ss.
(2) Voy. *infra*, p. 26.
(3) D. 28, 5, 61 (60) ; voy. aussi eod. 43 (42) ; ULP. *Reg.* I, 14.
(4) Ulp. *l. c.*

non esse, libertates dederit testamento, deinde dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit et eodem testamento manente decesserit : libertates datae ratae esse debent, etsi hereditas solvendo non sit, quia libertates ut rescindantur, utrumque in eorumdem persona exigimus et consilium et eventum et, si quidem creditor, cuius fraudandi consilium initum erat, non fraudatur, adversus eum qui fraudatur consilium initum non est. [*libertates itaque ratae sunt,*]

On affirme ici trois fois la nécessité du *consilium fraudis* pour que l'affranchissement soit nul :

a) et *sciret* se solvendo non esse ;

b) exigimus et *consilium* et eventum (1) ;

c) adversus eum qui fraudatur *consilium* initum non est.

Or, non seulement la décision du texte (« libertates datae ratae esse debent ») est authentique, mais le motif « quia exigimus et consilium et eventum » l'est également. En effet, ce qui fait défaut à l'égard de Sempronius, c'est précisément le *consilium* en ce que, au moment où le testateur concédait les libertés, la créance de Sempronius n'existait pas encore. Le passage « et si quidem... initum non est », est une application à notre hypothèse du principe « utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum », et ainsi démontre-t-il ultérieurement la validité des *libertates*.

Au contraire, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (2), la brève période finale : [*libertates itaque ratae sunt*] est certainement interpolée.

2) D. 40, 9, 7 pr. JUL. *libro secundo ad Urseium Ferocem.* Si quis integris facultatibus codicillos confirmavit, deinde, cum consilium creditorum fraudandorum cepisset, libertates codicillis dederit, optineri non potest, quo minus lege libertates interpellarentur : nam consilium testatoris fraudulentum non eo tempore observatur, quo codicilli confirmantur, sed quo libertas codicillis datur

(1) Cfr. C. 7, 11, 1, *infra*, p. 39 s.

(2) *Retro*, p. 19.

La *ratio dubitandi* était ici la fiction dite codicillaire, par laquelle les codicilles, qui devaient être confirmés dans le testament étaient considérés comme en faisant partie (1). Cela est si vrai que le *dies cedens* était celui de l'ouverture des tables testamentaires et non des codicilles eux-mêmes (2). P. KRUEGER (3) suppose que la seconde moitié de la loi, depuis *optineri* jusqu'à la fin a été ajoutée par TRIBONIEN. Il est vrai que cette forme « optineri non potest, quo minus lege libertates interpellarentur » ne semble pas digne de JULIEN, de même que l'inusité *consilium fraudulentum* au lieu de l'habituel *consilium fraudis* (4) éveille également des doutes. Mais nous n'avons aucun intérêt à rechercher, si la décision de Julien a été vraiment celle-ci, ainsi que nous le croyons (5), et si, par conséquent, l'interpolation se borne à la forme. Il nous suffit de relever que dans la partie authentique de ce passage, JULIEN parle de « *consilium* creditorum fraudandorum », et que c'est sur celui-ci que pivote toute la question.

3) D. 40, 9, 5 § 1 JUL. *libro sexagensimo quarto digestorum.* Si autem is qui solvendo non est hoc modo libertatem dederit « si creditoribus meis solidum solutum fuerit, Stichus liber esto » [non potest videri fraudandorum creditorum liberos esse jussisse].

Cfr. D. 40, 4, 57. L'interpolation des mots [*non-iussisse*] a été déjà signalée par FAVRE (6). Mais elle n'a aucune importance. Là aussi toute la question portait sur l'existence ou l'inexistence du *consilium fraudis* et, par conséquent, sur

(1) Cfr. pour tout le monde FERRINI, *Legati*, p. 306-7 ; voy. aussi D. 29, 7, 2 § 2.

(2) FEIN, *De iure codicillorum* (trad. it. par BONFANTE), p. 255 (GLUECK, *Erläuterung*, D. 29, 7).

(3) *Digesta, ad h. l.*

(4) On pourrait être en présence d'une glose.

(5) Outre un cas analogue tranché dans le même sens en C. 7, 2, 1, il ne faut pas perdre de vue D. 29, 7, 4 qui est également de Julien (l. 63 digest.).

(6) Voy. aussi SOLAZZI, *op. cit.*, p. 377, n. 1 ; KRUEGER, *ad h. l.* ; BESELER, *Beiträge*, t. IV, p. 160.

l'importance décisive de celui-ci. Or, en le considérant comme simple connaissance de l'insolvabilité et non comme volonté spécifique de frauder ses propres créanciers, JULIEN pouvait bien l'admettre aussi dans un affranchissement disposé sous cette forme conditionnelle (1).

POMPONIUS.

D. 40, 9, 23 IDEM (POMP.) *libro quarto ex variis lectionibus.*

Semper in fraudem creditorum libertas datur ab eo, qui sciret se solvendo non esse, quamvis bene dedisset merenti [*hoc*] (2).

De ce passage de POMPONIUS il résulte non seulement que la connaissance que l'on a d'être insolvable implique toujours le *consilium fraudis* et par conséquent la fraude, mais encore que ce *consilium* était indispensable pour que l'affranchissement fût déclaré nul. De fait, c'est lui qui fait considérer la liberté comme étant accordée *in fraudem.*

AFRICAIN (3).

GAIUS.

[Cf. Inst., 1, 47, *retro*, p. 23]

1) GAIUS *libro primo rerum cottidianarum sive aureorum.*

Inst. 1, 6 § 3.	D. 40, 9, 10.
In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel	In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est vel,

(1) On reviendra sur cette question avec plus d'ampleur, ensuite, p. 33 s.

(2) Selon M. SOLAZZI, *op. cit.*, p. 377, n. 3, POMPONIUS aurait écrit contrairement au texte rapporté par M. KRUEGER, *ad h. l.* (bene merenti hoc dedisset) : « quamvis bene merenti dedisset. »

(3) AFR. *l. III quaest.* Cum is, qui sub condicione debet, manumittat fideicommissi causa, lex Aelia Sentia locum habet. Depuis CUJAS (voy. SOLAZZI, *op. cit.*, p. 415, n. 3, et les auteurs qui y sont mentionnés) on a pensé que le mot *fideicommissi* est dû à l'erreur d'un copiste qui l'aurait substitué à *fraudandorum creditorum.* M. VASSALLI, lui aussi (*op. cit.*, p. 230), se range du côté de cette opinion tout en considérant que cela est le « documento di un' alterazione introdotta nel testo ».

qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse.

praevaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuit, non impediri libertatem, quamvis bona eius creditoribus non sufficiant :

saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. itaque tunc intellegimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.

datis libertatibus desiturus est solvendo esse.

saepe enim de facultatibus suis amplius quam in his est, sperant homines. [quod frequenter accidit his, qui transmarinas negotiationes et aliis regionibus, quam in quibus ipsi morantur, per servos atque libertos exercent : quod saepe, adtritis istis negotiationibus longo tempore, id ignorant et manumittendo sine fraudis consilio indulgent servis suis libertatem] (1).

Le texte des Institutes est l'une des deux lois qui mentionnent l'*animus fraudandi*. Mais le passage « praevaluisse... sufficiant », où il en est question, ne se trouve pas dans le fragment parallèle du *Digeste*. Ceci peut-il être l'indice d'une interpolation? M. Ferrini (2) n'a pas de doutes sur l'authenticité du morceau « salvo qualche ritocco di forma » (3). Il remarque que dans le texte donné par les *Pandectes* la lacune paraît évidente. M. Solazzi (4) reconnait que le fr. 10 présente une lacune, « ma le istituzioni giustinianee » écrit-il « ci permettono

(1) Trib. : Grupe-Krueger, *ad h. l.* ; Solazzi, *op. cit.*, p. 376, n. 2; Segrè, *Sulle formule relative alla neg. gestio* etc. (*Studi Moriani*, t. II, p. 295, n. 1) ; Cugia, *L'espressione mortis causa*, p. 68.

(2) *Sulle fonti delle « Istituzioni » di Giustiniano* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XIII, p. 129).

(3) Voy. déjà Favre, *Jurispr. papin.*, sc. 199.

(4) *Op. cit.*, p. 376. M. Solazzi, écrit encore : « Di Gaio, materiata di sana esperienza della vita, è la riflessione che saepe... ».

pel senso almeno, di completarlo ». Au contraire M. CUGIA affirme : « Ritengo di Giustiniano dal praevaluisse. Anche in questo passo è nettamente delineata la tendenza del giureconsulto classico a considerare il dolo oggettivamente, come conseguenza logica di un fatto determinato, in antitesi a quella dell' Imperatore che indaga il *consilium fraudis*. Il D. 40, 9, 10 probabilmente è interpolato » (1).

Laissons de côté ce dol *objectif*, tout en remarquant que c'est précisément l'élément intentionnel qui prédomine dans le dol et qui le distingue de la faute, même *lata*. Bornons-nous à observer que l'affirmation de M. CUGIA, qui d'ailleurs reconnait bien la nécessité du dol, est infirmée parce que cet écrivain l'a émise selon toute probabilité en ne tenant pas compte des autres lois, qui requièrent la condition du *consilium fraudis*.

Les textes que nous avons déjà étudiés, et il y en a plusieurs autres, permettent de nier que le *consilium fraudis* n'ait pas été pris en considération par la jurisprudence classique. D'autre part la forme du texte, que nous examinons, ne trahit pas du tout son origine byzantine. En effet elle est impeccable et ne se prête pas à l'hypothèse d'une innovation impériale, dont on aurait, comme d'habitude dans les Institutes, indiqué clairement l'origine.

Certes, elle présuppose un développement du droit (praevaluisse tamen), mais tout porte à le faire remonter au Ier siècle. Nous avons vu, en effet, que le même GAIUS dans un autre texte (D. 40, 4, 57) rappelle, en cette matière, une « Sabini et Cassii sententia ». Je pense donc qu'il s'agit d'une observation du même GAIUS, qui, au début, citait, en la tirant peut-être d'un vieil exemplaire, la règle plus ancienne, purement objective, en avertissant ensuite qu'à son époque elle était modifiée. Un autre passage de GAIUS (I., 1, 47) nous confirme d'ailleurs

(1) *Op.* et *l. cit.*

dans cette idée. Il y est dit que la loi Aelia Sentia défend les affranchissements « creditorum fraudandorum *causa* » (1) et dans ce mot *causa* l'élément intentionnel nous paraît indiqué assez clairement.

L'essence de notre passage est donc au-dessus de tout soupçon. Mais si la phrase « *animus* fraudandi » devait sembler insupportable à quelqu'un, on pourrait même transiger sur l'authenticité du mot *animus*, pourvu qu'on le remplaçât, comme il est naturel, par le mot *consilium*. Mais contre cette substitution on pourrait objecter encore : pourquoi ce changement n'a-t-il été opéré dans aucune des lois du *Digeste*? D'ailleurs, à ce qu'il semble, GAIUS n'ignore ni l'*animus*, ni l'*affectio* ou *adfectus*. Dans ses *Institutes* on rencontre par trois fois l'*adfectus furandi* (II, 50 ; III, 208 ; IV, 178), qu'à mon avis l'on ne peut attribuer toujours à des gloses ; on y rencontre aussi l'*animus solvendi* (III, 91) (2).

En tout cas on pourrait, au surplus, suspecter le texte depuis : « itaque tunc intellegimus... » jusqu'à la fin. Ce passage est bien superflu, mais je ne crois pas non plus, à cause de sa forme, (que M. FERRINI a reconnue comme propre à GAIUS) (3), qu'il soit emblématique.

L'hypothèse de l'authenticité du morceau : « praevaluisse... homines » est confirmée ensuite, à ce qu'il me semble, par un autre passage de GAIUS, riche de doctrines et de citations, que nous allons examiner.

2) D. 40, 4, 57 GAIUS *libro tertio de manumissionibus.*

Si locuples egenti heres exstiterit, videamus, an ea res testamento datis libertatibus proficiat, ut creditores fraudari non (4) videantur. et sane sunt quidam, qui, cum heres locuples existeret, tale esse crediderunt, quale, si ipse testator adauctis

(1) Voy. ci-dessus, p. 23.
(2) Voy. ci-dessus, p. 9.
(3) *Op.* et *l. cit.*
(4) non *om. Flor.*

postea facultatibus decessisset. sed mihi traditum est hoc iure nos uti, ut ad rem non pertineat, locuples an egens heres extiterat, sed quarum facultatium testator decesserit. quam sententiam Julianus adeo sequitur, ut existimet ne eum quidem libertatem consecuturum, quem is, qui solvendo non esset, ita liberum esse iussisset : « cum aes alienum solutum erit, Stichus liber esto ». sed non hoc (1) est consequens Sabini et Cassii sententiae, quam et ipse sequi videtur, qui existimant (2) consilium quemque manumittentis spectare (3) debere : nam qui sub ea condicione servum suum liberum esse iubet, adeo sine fraudis consilio liberum esse iubet, ut apertissime curare videatur, ne creditores sui fraudarentur.

Dans ce texte, GAIUS remarque deux circonstances :

a) que d'après une *sententia* de Sabinus et de Cassius la nullité de l'affranchissement était subordonnée à l'existence du *consilium fraudis* ;

b) que JULIEN se rangeait à cette théorie, que GAIUS, lui aussi, acceptait.

Mais M. BESELER efface de notre texte non seulement les mots « ea res testamento datis liberatibus proficiat, ut », dont je ne m'occupe pas, mais encore toute la fin du fragment « sed non hoc rell. » (4). Il s'appuie sur des raisons de forme, c'est-à-dire : 1° la place du *non* dans la phrase ; 2° la forme « quemque spectare debere » (= δεῖν τινὰ σκοπεῖν) ; 3° la répétition de « *adeo... ut* » ; 4° le mot *apertissime*. Mais, outre que les raisons de forme ne suffisent pas pour nier l'authenticité de fond d'un texte, il est à remarquer : 1° que la forme « sed non hoc » est bien acceptable à la place de « sed hoc non » ; 2° que dans la phrase « consilium quemque manumittentis spectare » on peut admettre que le seul mot *quemque* a été

(1) hoc non Mo.
(2) existimat *Flor.*
(3) consilium cuiusque manumittentis spectari Mo.
(4) *Beiträge*, t. IV, p. 160.

interpolé et que le verbe *spectari* a été transformé dans la forme active. D'ailleurs on ne saurait s'étonner des quelques formes grecques que l'on peut rencontrer dans l'œuvre de GAIUS ; 3° que la répétition de la forme « adeo... ut » n'a pas d'importance ; 4° qu'enfin rien n'empêche d'effacer le mot *apertissime*, qu'on ne rencontre pas, d'ailleurs, dans les constitutions de JUSTINIEN.

Quoi qu'il en soit, M. BESELER ne déduit pas de l'interpolation des conclusions dogmatiques et il ne se croit pas autorisé à affirmer l'origine byzantine du *consilium fraudis*.

En tout cas, à côté de ces légères imperfections nous trouvons des arguments tout à fait sérieux aptes à prouver l'authenticité substantielle du texte ; ils nous permettent de supposer que le texte remanié, s'il l'a été, ne contiendrait que des données exactes. Même dans la partie que tout le monde reconnaît comme authentique, on trouve déjà ébauchée l'opinion de GAIUS, selon laquelle la *sententia* de JULIEN est exagérément rigoureuse. Aussi la repousse-t-il. Dans le passage incriminé, les citations en garantissent l'authenticité. Les compilateurs en effet n'auraient pas inventé une « Sabini et Cassii sententia ». Cela correspond d'une manière parfaite à l'observation du même GAIUS dans ses *res cottidianae* (I. I, 6 § 3) : « praevaluisse tamen videtur rell. ». Et l'on ne peut pas songer à une double interpolation si soigneusement exécutée. En outre l'affirmation « quam et ipse (Julianus) sequi videtur » est tout à fait exacte, parce que nous avons vu que Julien demandait le *consilium fraudis*, c'est-à-dire la connaissance de l'insolvabilité (1).

Je répète, enfin, que l'existence de la condition du *consilium fraudis* est non seulement très vraisemblable à cause de la notion de *fraus* (2) et du parallélisme avec l'action *pauliana*

(1) D. 40, 9, 7 pr. ; 42, 8, 15. Voy. *retro*, p. 27.
(2) D. 50, 17, 79, voy. *retro*, p. 12.

et l'*interdictum fraudatorium* (1), mais encore qu'elle est confirmée par GAIUS dans ses Institutes I, 47 (2).

On pourrait objecter que notre texte met en relief une contradiction dans laquelle serait tombé JULIEN ; or il est absurde de vouloir attribuer une telle faute à un jurisconsulte si profond. Si JULIEN niait la liberté à l'esclave qui venait d'être affranchi sous la condition « cum aes alienum solutum erit » (D. 40. 9, 5 § 1 : « si creditoribus meis solutum esset) il ne pouvait pas subordonner la nullité des affranchissements à la condition du *consilium fraudis*, parce que dans cette hypothèse celui-ci faisait défaut et il se serait trouvé, par conséquent, en contradiction avec lui-même.

Mais il n'en est rien. La décision de JULIEN est, à n'en pas douter, rigoureuse, mais peut cependant se concilier avec le *consilium fraudis*. Qu'est-ce, en effet, pour JULIEN que ce *c. fr.*, sinon la simple connaissance de n'être pas solvable, et par conséquent de n'avoir pas le droit d'affranchir l'esclave? Or, dans notre hypothèse, le testateur n'ignore pas, évidemment, son insolvabilité actuelle, ainsi qu'il est prouvé par la forme même de l'affranchissement. Malgré cela, il affranchit ; il affranchit, c'est vrai, « sub condicione », mais cette *condicio* ne se réalise pas parce qu'il meurt insolvable et d'autre part le patrimoine de son héritier ne profite pas aux affranchis créés par le testateur (3). C'est là que réside le pivot de la question, qui, étant, comme il est évident, très subtile, pouvait donner lieu à une diversité d'opinions parmi les juristes selon la manière d'entendre le *consilium fraudis*.

On pouvait objecter, en effet, que la connaissance de l'insolvabilité pouvait d'autant mieux être considérée comme équi-

---

(1) Voy. *retro*, p. 13.

(2) Voy. *retro*, p. 23.

(3) Cfr. aussi D. 40, 9, 18 § 1 et 5 pr. (où le *quamvis* rend indispensable l'addition du mot *non*) ; C. 7, 2, 5.

valente au *consilium fraudis* qu'étant donnée l'une, on devait nécessairement présumer l'autre (cfr. D. 42, 8, 17 § 1) ; mais que dans l'espèce cette présomption faisait défaut, parce que la *libertas* n'avait pas été accordée *simpliciter*, mais avait été subordonnée à l'hypothèse que les créanciers n'en subiraient aucun dommage : « adeo sine fraudis consilio liberum esse iubet, ut apertissime curare videatur, ne creditores sui fraudarentur ». Or si l'on avait pu avoir des controverses sur les effets de l'adition accomplie par un *heres locuples*, on ne peut pas nier la possibilité que les opinions fussent partagées aussi sur l'autre question, bien plus délicate. D'ailleurs pourquoi devrait-on nier qu'après JULIEN la jurisprudence, poussée par le *favor libertatis*, ait donné plus de relief au *consilium fraudis*, en le considérant d'une manière plus rigoureuse ?

Mais je veux même admettre momentanément que la fin du texte soit interpolée. Puisque l'arrêt de Julien n'est pas incompatible avec la condition du *consilium fraudis* ; puisqu'il n'est pas admissible que les données qui s'y trouvent, et qui sont relatives à la *Sabini et Cassii sententia* et à la doctrine de JULIEN, aient été enfantées par la fantaisie des compilateurs, l'interpolation ne prouverait pas l'origine byzantine du *consilium fraudis*, mais tout au plus un changement dans son évaluation.

SCAEVOLA.

D. 40, 4, 54 § 1 SCAEVOLA *libro quarto responsorum.* Scripti testamento heredes ante aditam hereditatem pacti sunt cum creditoribus, ut parte dimidia contenti essent, et ita decreto a praetore interposito hereditatem adierunt : quaero, an libertates in eo testamento datae competierunt. respondit, si testator fraudandi con-

D. 42, 8, 23 IDEM (SCAEV.) *libro trigensimo secundo digestorum.* Primo gradu scripti heredes cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem ea condicione adierunt here-

silium non habuisset, competere libertates.

ditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent : quaesitum est, an manumissi testamento et libertates et alimenta consequi possint. respondit libertates quidem, si in fraudem creditorum datae non essent, competere, legata vero, si solvendo hereditas non esset, non deberi.

La question examinée dans les deux passages parallèles de SCAEVOLA présente des analogies avec celle qui est rapportée par GAIUS au D. 40, 4, 57 sur l'efficacité de l'adition accomplie par un *heres locuples*. Il s'agit de savoir, en effet, si des actes postérieurs à l'ouverture de la succession, qui ne dépendent pas de changements naturels dans l'héritage, considéré comme un ensemble de biens capable d'augmentations et de diminutions (1), peuvent influer sur la validité des affranchissements. Le critérium suivi par le juriste est bien évident et coïncide avec celui qui est indiqué par GAIUS comme adopté par la doctrine dominante : il faut rechercher « quarum facultatium testator decesserit ». Et puisqu'il n'est pas douteux que l'héritage fût *non solvendo* (le fr. 23 le dit expressément et d'ailleurs c'est-là le point de départ de la question), il s'ensuit que, de même que la succession de l'*heres locuples* « non prodest libertatibus », de même le pacte conclu entre les créanciers et les héritiers *non prodest* non plus. La conséquence en est, donc, que les affranchissements devaient être réputés valables dans le seul cas où ils l'auraient été également sans ce pacte, c'est-à-dire (fr. 54 § 1) « si testator fraudandi consilium non habuisset », ou, selon l'expression objective de l'autre fragment « si in fraudem creditorum datae non essent ». Il est impossible de

(1) Cfr. aussi D. 40, 9, 18 pr.; SCADUTO, *Sulla dottrina dell' eredità giacente (Annali Sem. Giur. R. Un. Palermo,* t. VIII).

supposer que SCAEVOLA ait pu admettre la validité inconditionnée des *libertates* et, par conséquent, que les compilateurs, si portés au *favor libertatis*, aient cherché à le limiter.

On ne peut donc pas élever de soupçons contre le *consilium fraudis*. L'expression différente du fr. 23 est suffisamment justifiée par les autres diversités qui existent entre les deux textes, et qui étaient nécessaires pour empêcher que l'un fût une copie exacte de l'autre.

La L. 54 § 1 démontre donc encore une fois que le *consilium fraudis* était un élément essentiel pour juger de la validité des affranchissements.

MARCIANUS.

D. 40, 9, 11 § 1 MARCIANUS *libro tertio decimo institutionum*... divi fratres rescripserunt non utique, si debitor fisci manumiserit, libertates impediuntur, sed ita, si, cum non erat solvendo, in fraudem manumisit.

Ce texte, qui à première vue, semble demander seulement l'élément objectif de l'insolvabilité, ne fait qu'affirmer davantage, si on le considère de plus près, la condition du *consilium fraudis*. Cela ressort, selon moi, des mots *in fraudem*. Ceux-ci après le *cum non erat solvendo*, ajoutent quelque chose, c'est-à-dire le *cons. fraudis*, à l'élément objectif de l'insolvabilité. Il faut remarquer, en effet, que la proposition « cum... » est temporelle et que, par conséquent, on ne peut pas interpréter le texte dans le sens que le débiteur a affranchi en fraude *parce qu'*il était insolvable, car le jurisconsulte aurait dit en ce cas « cum non *esset* solvendo » ; mais il faut l'interpréter dans le sens que les libertés « impodiuntur » si le débiteur, qui n'était pas solvable, a affranchi en fraude, c'est-à-dire en connaissant sa propre condition économique, ayant ainsi le *c. fr.*

PAUL.

1) D. 28, 5, 56 (55) PAULUS *libro primo ad l. Ael. Sent.*

... quia non videtur creditorum fraudaudorum causa manumissus...

2) D. 40, 9, 16 IDEM (PAULUS) *libro tertio ad l. Ael. Sent.*

§ 2. Ne quis creditorum fraudandorum causa servum manumittat, hac lege cavetur... § 5. Si voluntate patris filius manumiserit, sive pater sive filius sciat solvendo patrem non esse, libertas impedietur.

§ 2. Pour la forme « cred. fraud. *causa* » voy. ci-dessus, p. 23.

§ 5. La nullité de la *manumissio* est subordonnée nettement à la connaissance que le père n'était pas *solvendo*, c'est-à-dire au *consilium fraudis*. Le seul doute qui pourrait surgir à l'égard de la décision touche la personne du fils (1). C'est la volonté du père (2) qui agit *(ipse manumittit)* (3), c'est celui-ci qui devient le patron de l'affranchi (4), et par conséquent, c'est la volonté du père, et non celle du fils, qui aurait dû être viciée par le *consilium fraudis*. On peut donc tout au plus soupçonner, que le texte ait dit à l'origine « si pater sciat se solvendo non esse ».

3) D. 40, 7, 1 § 1 PAULUS *libro quinto ad Sabinum*

... cum creditoris fraudandi *causa* manumittuntur...

Ce texte est considéré comme interpolé par M. VASSALLI (5) ; mais il faut remarquer, en tout cas, l'analogie de sa forme avec celle des deux autres lois de PAUL.

[? Cf. fragm. Dosith., 16, ci-dessus, p. 23].

ULPIEN.

D. 40, 5, 4 § 19 IDEM (ULP.) *libro sexagensimo ad edictum.*

Si in fraudem creditorum libertas data sit ab eo, qui mortis tempore solvendo non est, an competat? et si quidem

---

(1) Sur les affranchissements faits par volonté du *paterfamilias*, voy. encore D. 40, 1, 22 ; 40, 2, 4 pr. (en supprimant l'interpolation : KRUEGER. *ad h. l.*) ; 40, 2, 22 ; 40, 9, 15 § 1.

(2) Cfr. D. 40, 2, 4 pr. ; 40, 9, 15 § 1.

(3) D. 40, 2, 22, que M. BESELER, *Miscellanea critica* (*Ztschr. Sav.-Stift.*, t. XLIII, p. 420), affirme interpolé.

(4) D. 40, 1, 16 et 22.

(5) *Dies vel condicio* (*Bull. Ist. Dir. Rom.*, t. XXVII, p. 231) ; voy. au contraire PEROZZI, *Istituz. di diritto romano*, t. II, p. 432, n. 2.

fiscus bona non adgnoverit, forte competet libertas, quia solidum creditoribus offertur : atquin si adita hereditas fuisset, non competeret. certe si fiscus adgnovit hereditatem, facilius probabitur cessare libertatem, nisi si quis verba constitutionis secutus dixerit ipsum sibi imputare debere, qui addici sibi hac condicione bona voluit, ut libertates competant. si quis autem exemplum aditae hereditatis fuerit secutus, directae libertates non competent, si consilium et eventus fuerit fraudandorum creditorum : nec fideicommissariae praestabuntur, si eventu fraudentur creditores.

M. Beseler (1) attribue à Tribonianus le morceau « si consilium et eventus fuerit fraudandorum creditorum » et beaucoup d'autres (2).

Mais l'authenticité de ce texte, dans le passage qui nous intéresse, a été soutenue d'une façon tout à fait vigoureuse par M. Kuebler (3). Cet écrivain met justement en relief que pour que les *directae libertates* soient inefficaces, il faut non seulement l'*eventus* mais aussi le *consilium fraudandorum creditorum ;* tandis que pour les *fideicommissae* l'*eventus* suffit (4) ; il rappelle en ce sens D. 42, 8, 15 ; Cod. 7, 11, 1 ; 7, 11, 7 (5).

b) Codex.

C. VII, 8, 2 Idem (Impp. Severus et Antoninus) *AA. Abascanto.* Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventione speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.

La constitution est irrépréhensible. L'affranchissement d'un esclave engagé *specialiter* était toujours nul (6). Au contraire

---

(1) *Beiträge*, t. IV, p. 187-88.

(2) [*an — et*] si [*quidem*] — [*forte*] — [*atquin-certe*] — [*facilius-secutus*] — [*si eventu rell.*].

(3) *Atquin* (*Ztschr. Sav.-Stift.*, t. XLIII, p. 530-36, et spécialement pour le passage, auquel nous nous intéressons, p. 535 s.).

(4) Voy. ci-dessous, p. 40.

(5) Pour ces lois, voy. p. 24 s., 39 ss., 40.

(6) Fragm. Dosith., 16 ; D. 40, 1, 3 ; 40, 9, 26. 27 § 1 ; *arg.* 40, 2, 4 § 2.

celui d'un esclave *generaliter obligatus* était valable, excepté en cas de fraude (1), pour l'existence de laquelle l'*eventus* ne suffisait pas, mais il fallait aussi le *c. fr.* Il faut remarquer la forme impeccable « non aliter... quam », tandis que les compilateurs emploient, de préférence, l'autre « non aliter... *nisi* ».

C. VII, 11, 1 Imp. Alexander *A. Antiocho.* Certum ius est [*non alias*] directas libertates per legem Aeliam Sentiam, quae sunt in fraudem creditorum manumissorum, revocari, [*ni*]si [*et consilium fraudis hoc animo manumittentis et*] eventus damni suum recipere volentium sequatur. inter creditores autem etiam eos numerandos esse, quibus fideicommissum debetur, olim placuit. [a. 223.]

L'intervention des compilateurs dans cette constitution est, selon moi, certaine ; mais j'ajoute immédiatement que, quant au fond, elle n'a pas d'importance. Le rescrit est en tête du titre « *Qui manumittere non possunt et ne in fraudem creditorum manumittantur* », et il lui fallait, par conséquent, exposer toute la théorie des affranchissements qui étaient nuls pour avoir été accomplis *in fraudem creditorum.*

La place du passage « *quae sunt in fraudem creditorum manumissorum* » n'est pas heureusement choisie. M. Krueger (2) nous avertit exprès que les mots « *quae sunt* » se trouvent conservés dans le κατὰ πόδας des *Basiliques* ; je lirais peut-être « ...libertates, quae sunt... manumissorum, per legem A. S. revocari », mais je ne saurais repousser complètement le soupçon que tout le passage ait été ajouté après coup ; peut-être est-ce une glose, à moins que ce ne soit un tribonianisme.

Mais l'essentiel ne réside pas là.

La forme « non alias... *nisi* » est depuis longtemps reconnue comme étant propre aux compilateurs (3). Elle annonce ce qui

(1) D. 40, 9, 29 ; 20, 2, 6. 9 ; C. 7, 8, 3.
(2) *Ad h. l.*
(3) Voy. mon *Indice*, s. v. alias.

va attirer notre attention, c'est-à-dire le passage « nisi et consilium fraudis hoc animo manumittentis et... ». Il est impossible que la chancellerie impériale de l'époque des Sévère ait écrit ainsi. Il faut remarquer, en premier lieu, la redondance, tout-à-fait byzantine, de la proposition « consilium fraudis *hoc animo* manumittentis ». En second lieu l'expression « nisi et consilium fraudis... *sequatur* » est évidemment inadmissible. Ce qui *suit*, ce qui est une *conséquence* de l'affranchissement, c'est l'*eventus damni* et non pas le *consilium fraudis*. Celui-ci précède et accompagne la *manumissio*. Il faut supposer, par conséquent, que le texte s'est borné à dire à l'origine : « ...si eventus damni suum recipere volentium (1) sequatur ».

Mais, je le répète, il ne s'agit que d'une interpolation « complétive ». Peut-être aussi la mention des fidéicommissaires n'appartenait-elle pas non plus à ce rescrit, dont l'authenticité foncière est prouvée, d'ailleurs, par la constitution qui suit.

C. VII, 11, 7 IDEM (IMPP. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS) *AA. et CC. Zotico.* Si debitor ex administratione curae dominus tuus non solvendo constitutus fideicommissariam tibi reliquit libertatem, cum in fideicommissariis libertatibus eventum inspici tantum obtinuerit, nihil eius voluntas tibi prodesse potest.

Il résulte de ce rescrit de DIOCLÉTIEN que dans les libertés non fidéicommissaires, on ne s'occupait pas du seul *eventus*, mais encore du *c. fr.* Je ne trouve aucun indice qui me permette de soupçonner l'altération du texte.

III.

En présence d'éléments si nombreux et si précis, les textes dans lesquels on se rapporte uniquement à l'élément objectif de l'insolvabilité du testateur, et où on ne parle pas du *consi-*

(1) La périphrase peut éveiller des soupçons.

lium fraudis (1), ne constituent pas une preuve contraire.

L'élément de l'insolvabilité était, sans doute, le plus frappant, et quand on ne voulait pas traiter l'argument *ex professo* et *funditus* il suffisait de s'en rapporter à cet élément, comme à la cause de la nullité de l'affranchissement, laissant l'autre sous-entendu. Il ne faut pas oublier, en effet, que le *c. fr.* fut élaboré par la jurisprudence sur l'ancien critérium, plus borné, envisageant la seule condition objective de l'insolvabilité. Par conséquent les jurisconsultes postérieurs purent persister dans l'ancienne formule qui se basait, selon toute probabilité, sur le texte de la loi, tout en mettant en relief l'autre condition, dès que la nécessité l'exigeait.

Comme il est absurde de demander une énonciation constante de la double condition, il s'ensuit que l'absence de l'une d'elles ne permet pas d'argumenter *a contrario* en faveur de l'inexistence de la condition passée sous silence (2).

Ensuite, en examinant ces textes de bien près, le fait que nous n'y trouvons aucune trace du *consilium fraudis* nous apparaît encore moins significatif.

La plupart de ces lois ont trait à cette disposition de la *loi Aelia Sentia*, qui, exceptionnellement, permettait au testateur insolvable d'affranchir et d'instituer héritier l'un de ses escla-

---

(1) Gai, I, 21 ; Ulp., *Reg.*, I, 14 ; D. 28, 5, 43. 58. 61 ; 40, 9, 16 § 3. 24. 29 pr.

(2) Les exemples abondent. Je me borne à en citer un que je prends dans notre matière même. Le mari a le droit d'affranchir l'esclave dotal, mais naturellement dans le seul cas où il n'encourt pas la prohibition de la loi Aelia Sentia. Eh bien, sur cinq textes qui s'occupent de cette question (D. 24, 3, 61 Pap. XI quaest. ; 38, 16, 3 § 2 Ulp. XIV ad Sab.; 40, 1, 21 Pap. XIII quaest. ; C. 5, 12, 3 Alex., 222 ; 7, 8, 1 Sev. et Ant., 205) deux seulement mettent en évidence la condition de la solvabilité, (D. 40, 1, 21 et C. 7, 8, 1; dans C. 5, 12, 3, voy., par ex., cum-facultatem), tandis que les autres se bornent à énoncer *sic et simpliciter* le droit du mari à l'affranchissement des esclaves dotaux. Au surplus je ne crois pas que l'on puisse songer à des interpolations qui limitent la faculté du mari, puisque ses droits à l'égard de la disponibilité des choses dotales apparaissent déjà frappés directement par la lex Julia *de adulteriis*.

ves, mais *un* seulement « si nemo alius ex eo testamento heres esse potest ». Or l'identité de la terminologie (1) non seulement nous permet de supposer que les mots « *qui solvendo non est* » étaient tels quels dans la loi, mais aussi elle explique pourquoi on ne signale pas le *consilium fraudis*. La raison en est qu'il n'avait là aucune fonction, parce que l'affranchissement était valable, soit que le testateur eût connaissance de sa propre insolvabilité, soit qu'il ne la connût pas.

J'ajoute même que deux de ces textes (2) sont tirés de petits ouvrages élémentaires, les *Institutes* de GAIUS et les *Règles* d'ULPIEN, dont la simplicité obligée ne permettait aucun développement, l'auteur se bornant à y énoncer de simples maximes (3).

Pour les trois autres textes, il faut remarquer qu'ils n'examinent pas s'il y a ou non fraude (que l'on présume tout simplement et qui était d'ailleurs sans importance), mais ils recherchent comment on applique cette règle de la loi Aelia Sentia dans le cas concret. En effet dans le D. 28, 5, 61 nous en trouvons une application automatique, tandis que l'hypothèse examinée par JULIEN en D. 28, 5, 43 (4) est beaucoup plus élégante. Dans le D. 28, 5, 58 l'on décide que, puisqu'une personne libre a été substituée à l'esclave institué héritier, celui-ci n'acquiert pas la liberté parce que « alius ex eo testamento heres esse potest ».

---

(1) GAI I, 21 : ab eo domino qui solvendo non erat ; ULP. I, 14 : ab eo domino qui solvendo non est ; D. 28, 5, 43. 61 : ... qui solvendo non erat ; D. 28, 5, 58 : ... qui solvendo non est.

(2) GAI I, 21, et ULP. *Reg.* I, 14.

(3) Il faut remarquer par ex., la brièveté avec laquelle ils rapportent la disposition de la loi *A. S.* contre les affranchissements frauduleux : GAI I, 37 (voy. au contraire, la plus grande étendue du texte des *res cottidianae*) ; ULP. *Reg.* I, 15.

(4) Le testateur a affranchi et institué héritiers deux esclaves portant le même nom, en sorte qu'il est impossible d'accorder la préséance à l'un d'eux. La décision en est : institutionem nullius esse momenti (invicem enim sibi obstare, ainsi que l'explique PAUL), tandis que dans le cas où l'un des deux mourait « eum qui supererit liberum et solum necessarium heredem fore ».

Parmi les autres passages on doit avant tout mettre hors de cause le D. 40, 9, 24 (1), puisqu'il ne parle pas de l'insolvabilité et se borne à mentionner l'existence des créanciers en s'occupant de l'ordre que l'on doit suivre dans l'annulation des affranchissements. Comme il s'agit d'un groupe d'affranchissements qui ne sont pas tous nuls, on ne pouvait pas parler simultanément de la fraude et de ses éléments. Dans le D. 40, 9, 16 § 3 on ne discute pas sur l'existence de la fraude, qui est même le pivot du texte, mais sur la possibilité de la *revocatio in libertatem* après un certain temps de l'affranchissement. D'ailleurs dans le § qui précède, le juriste avait dit que la loi Aelia Sentia prohibait les affranchissements faits « creditorum fraudandorum *causa* » et dans le suivant il subordonnait la nullité de la *manumissio* à la connaissance de l'insolvabilité.

Pour les autres textes (2) les raisons, que nous avons mentionnées plus haut, suffisent.

* * *

Nous touchons à la conclusion. D'après les recherches que nous venons de faire, il est évident que même dans le droit classique pour qu'un affranchissement fût considéré en fraude des créanciers, il fallait dans la personne du *manumissor* le *consilium fraudis*. Or pour que celui-ci se vérifiât, il suffisait que l'on eût la conscience d'être ou de devenir, *datis libertatibus*, insolvable. Toutefois selon la jurisprudence plus récente, accueillie par JUSTINIEN (3), il n'y avait pas de *consilium fraudis*

(1) Je doute que ce texte ait subi quelques retouches : ces mots *quam rationem* que l'on retrouve dans BΣ sont inadmissibles ; F^2 substitue *alterutriusque* à *alterutrius* et *autem sufficiet* à *sufficiat* ; le *plerumque* ne se combine pas bien avec le *nisi si*, suspect lui aussi (voy. mon *Indice*, s. v. *nisi*), mais je ne peux pas affirmer d'une façon tranchante que l'exception à la règle, par laquelle l'annulation des actes en fraude commence par les derniers pour remonter jusqu'aux premiers — voy. dans le même texte : « qui primi sunt, liberi erunt » — soit de Justinien.

(2) D. 40, 9, 29 (GAI, 1 *man.*) ; voy. aussi D. 40, 1, 21 ; C. 7, 8, 1.

(3) Voy. par ex., D. 40, 9, 5 § 1 [*non potest — iussisse*], ci-dessus, p. 26.

si le maître affranchissait sous la condition « si debitoribus meis solutum erit ». La connaissance d'être ou de devenir insolvable faisait donc présumer l'*animus fraudandi*, mais il s'agissait d'une présomption *iuris tantum*. *Animus fraudandi*, *consilium fraudis*, connaissance de l'insolvabilité reviennent fréquemment, et d'une façon très nette, dans les textes, et il n'y a pas de raison pour les déclarer byzantins.

Je reconnais, cependant, que la mention de l'*animus* semble avoir été ajoutée après coup dans la c. 1, C. 7, 11 ; mais le fût-elle également dans le texte des Institutes, il n'en faudrait pas conclure que l'*animus fraudandi* est une création des Byzantins, mais seulement qu'on leur pourrait attribuer la paternité de cette phrase, dont l'idée pourtant était parfaitement connue des classiques, et exprimée par eux sous diverses formes (*consilium fraudis*, connaissance de n'être pas solvable etc.).

Il ne me semble pas non plus que l'angle sous lequel les commissaires considèrent le *consilium fraudis* soit différent de celui de la jurisprudence classique, qui a subi elle-même quelques variations (1). Je ne crois pas davantage que les mêmes commissaires aient demandé que le dommage causé aux créanciers fût le but essentiel de l'acte. On pourrait relever çà et là quelque indice en ce sens, comme dans la c. 1 C. 7, 11, mais je trouve qu'aucun texte n'a appuyé trop rigoureusement sur cette idée. Elle en est même exclue par le seul fait que des cas incompatibles avec cette conception ont été admis dans la compilation; ainsi par ex., D. 40, 9, 23.

Je prévois qu'on va me faire une objection et j'y réponds sur le champ. On alléguera peut-être, que l'exemple que j'ai choisi ne prouve pas grand' chose, et cela à un double point de vue : *a)* que la *fraus creditorum* est un délit (2) (même s'il

(1) Voy. D. 40, 4, 57, ci-dessus p. 33 et p. 43.

(2) Voy. Solazzi, *op. cit.*, p. 331 ; de Francisci, *Studi sopra le azioni penali* etc., p. 71.

est privé) (1) ; *b)* l'influence, dans la matière qui nous occupe, des dispositions édictales, qui en révoquant les actes frauduleux emploient la phrase « fraudandorum creditorum causa », qui ne figurait pas, à notre avis, dans la loi Aelia Sentia.

Quant au premier argument, en remarquant qu'il ne s'agit pas d'un délit du *ius civile*, mais d'un acte illicite du droit prétorien (2), nous avons vu précédemment que la tendance la plus récente (ALBERTARIO) est de rejeter l'authenticité de l'*animus*, même en matière de délits ; nous avons également observé que la nécessité du *consilium fraudis* a été introduite, ou tout au moins élaborée, par la jurisprudence, en opposition avec une première doctrine qui probablement s'en passait (3).

Quant au second motif c'est celui-là, précisément, qui constitue la preuve la plus évidente de l'exagération à laquelle on est arrivé aujourd'hui en niant partout l'authenticité de fond de l'*animus* et de la « Rücksicht auf den inneren Willen der Partei » (4). Ainsi, de même que la loi, l'édit est un reflet de la conscience juridique de son époque. Il faut considérer que le préteur est lui-même un juriste, ou, en tous cas, qu'il est entouré de juristes et conseillé par eux. Si donc il émet dans l'édit des clauses qui présupposent la recherche de l'*animus*, c'est-à-dire de la volonté de celui qui agit, si le magistrat propose et si les comices votent une loi qui rend cette recherche nécessaire, c'est qu'elle n'est pas étrangère et ne semble ni absurde, ni impossible, dans le milieu juridique où ils vivent et agissent.

Il est donc plus que probable, évident, que l'appréciation et la considération de l'intention, de la *voluntas*, de l'*animus* ont pénétré tout le droit classique, et cela surtout grâce à l'œuvre de la jurisprudence du I^er^ et du II^e^ siècles de l'Empire. L'in-

(1) Contre l'origine classique de cette terminologie, voy. à présent ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, p. 11, et *passim*.

(2) Voy. ARANGIO RUIZ, *Corso*, t. I, p. 272, n. 1, et t. II, p. 152 ss.

(3) Voy. BUCKLAND, *op. cit.*, p. 561.

(4) PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 337.

fluence du *ius gentium* a, selon toute probabilité, très largement contribué à cette évolution.

Et *ab uno disce omnes*. Lorsqu'on a plus ou moins triomphalement éliminé des textes toutes les phrases qui comportent *animus*, on n'a pas fait grand' chose, en réalité, parce qu'il reste encore à prouver que toute recherche de l'intention des parties était négligée par la jurisprudence classique. Sans cela tout se réduirait à un *mus* plus ou moins minuscule, et de nature purement terminologique (1).

* * *

J'ai déjà dit que la nature de ce travail ne me permet pas de soumettre à un nouvel examen les textes qu'on a affirmé jusqu'ici être interpolés et de rechercher en eux des preuves nouvelles de ce que nous avançons. Je dois me borner : *primo*, à étudier rapidement deux lois du Code qui ont échappé jusqu'à présent à la critique, et qui confirment, selon mon avis, nos observations ; *secundo*, à rappeler un cas tout-à-fait typique, choisi entre les innombrables exemples que l'on pourrait citer pour prouver jusqu'à quel point les juristes romains ont tenu compte de l'intention qui provoquait et animait les actes humains, pour en déduire de graves conséquences juridiques.

Les rescrits que je me propose d'examiner sont C. VI, 21, 7 et VI, 31, 3.

1. C. VI, 21, 7. IDEM (ALEXANDER) *A. Fortunato*. Ex his verbis : « Fortunato liberto meo do lege » vindicare tibi libertatem *non* potes, *si pagani testamentum proponatur. At enim* cum testatorem militem fuisse proponas, si non errore ductus libertum te credidit, *sed dandae libertatis animum habuit, libertatem, et quidem directam, competere tibi*, sed et legati vindicationem habere praerogativa militaris privilegii praestat. [a. 229].

(1) Voy. BONFANTE mentionné ci-dessus, p. 10.

Pour en venir sans retard au point qui nous intéresse, c'est-à-dire à la phrase « sed dandae libertatis animum habuit », je reconnais qu'il est facile de soutenir que, malgré sa forme impeccable (remarquons la correspondance parfaite entre *credidit* et *habuit*), elle peut être supprimée sans difficulté. Le passage en question est superflu, en effet, à cause de la proposition qui précède : « si non errore ductus libertum te credidit » et qui renferme la condition nécessaire et suffisante pour appliquer la *praerogativa militaris*. Il est donc probable (et je suis de cet avis) (1) que la déclaration « sed dandae libertatis animum habuit » n'est pas authentique, soit qu'on la considère comme une glose ou comme une interpolation.

Mais il y a quelque chose de plus. D'autres raisons nous entraînent à penser qu'à l'origine notre constitution n'était pas rédigée ainsi. En effet, j'estime d'une authenticité douteuse la forme en laquelle on avance l'hypothèse suivant laquelle le testament a été rédigé par un *paganus*, en regard de celle qui affirme que le testateur était un soldat. Seule cette dernière correspond à l'espèce « cum testatorem militem fuisse *proponas* », tandis que la première n'a aucun rapport avec le cas que l'empereur est appelé à juger. Or il est évident que l'indicatif présent *potes* s'adapte mal au *si proponatur*.

Nous nous croyons donc autorisés à supposer que le rescrit, que nous examinons, résulte de la fusion de deux constitutions, ou bien qu'il contient une interpolation législative, *complétive*, des mots que nous venons de transcrire en italique.

Il se peut donc que même ici l'*animus* soit interpolé. Je l'admets, et j'en suis bien aise, à cause de l'expérience et de l'enseignement qui en découlent. Quelle est, en effet, la valeur de cette addition? Est-ce qu'elle ajoute au texte des éléments qui lui étaient étrangers? Ou s'y rapporte-t-on, par hasard, à un élément intentionnel, qui jusqu'alors avait été négligé?

---

(1) Dans le D. 40, 9, 17 § 1 la fin « si non fuit *voluntas manumittendi* » est également une glose (WLASSAK-KRUEGER, *ad h. l.*).

En d'autres termes, aurait-elle un caractère substantiel? Pas du tout. Le contenu du passage, que l'on peut supposer ou qui est réellement interpolé, se trouve déjà compris dans la phrase « si non errore ductus libertum te credidit ». Il est évident, en effet, que si la volonté du testateur était sérieuse, que si elle n'était pas viciée par l'erreur de considérer l'esclave comme déjà affranchi, c'est-à-dire, si le *de cuius* connaissait l'état servile de Fortuné, il est évident, je le répète, que le fait que le testateur l'appelât *libertus* en lui attribuant un legs, supposait nécessairement chez le *de cuius* la volonté de l'affranchir *testamento*, c'est-à-dire l'*animus dandae libertatis*. Et cet *animus* est précisément la conséquence nécessaire de l'absence d'erreur. Nous voilà donc en présence d'un *animus*, qui, qu'on nous permette une phrase banale, chassé par la porte, finit par rentrer par la fenêtre. En effet, des deux cas l'un : ou il y avait erreur, et alors l'*animus dandae libertatis* faisait défaut ; ou l'erreur faisait défaut et alors il y avait l'*animus dandae libertatis*.

L'altération du texte, comme on le voit, si toutefois elle existe, a un caractère simplement formel.

On peut répéter cette même observation à l'égard de l'*animus tribuendae libertatis* du fr. 24 § 8 D. 40, 5, qui se trouve dans un passage qui est certainement dû à Justinien (1). Là non plus, il n'y a rien de nouveau, puisque le texte, à coup sûr authentique, ajoute ces mots : « ... *mens* testatoris *tribuere* solet *libertatem* fideicommissariam ». L'*animus tribuendae libertatis* du passage interpolé fut évidemment calqué sur cette phrase.

2. C. VI, 31, 3 Impp. Diocletianus et Maximianus *AA. et CC. Theodotiano*. Suus heres exceptione pacti, qui testamentum iniustum adseverans postea nihil se de paterna successione petiturum non ex causa donationis, sed transigendi animo in iure professus est, cum respuere quaesitam nequiret heredita-

(1) Gradewitz-Krueger, *ad h. l.*

tem et transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat, submoveri non potest. [294].

Négligeons les mots « *exceptione pacti* » qui peuvent être une glose ou une interpolation (1). Arrêtons-nous au passage « non ex causa donationis sed transigendi animo ».

Le *suus heres*, après avoir attaqué le testament du *de cuius*, déclare *in iure* : « nihil se de paterna successione petiturum ». Quelle est la valeur de cette déclaration? Elle ne peut en avoir aucune comme répudiation de l'héritage : « cum respuere quaesitam nequiret hereditatem », mais elle en a une réelle comme *pactum de non petendo*. Mais ce *pact. de n. pet.* peut être déterminé par deux causes : ou d'une donation en faveur de l'héritier testamentaire, ou d'une transaction pour trancher la controverse sur l'annulabilité du testament. Si l'on exclut la donation (*non* ex causa donationis), il ne reste donc que l'hypothèse de la transaction, qui fut sans doute le motif déterminant du *suus*. Mais la transaction n'est pas une simple renonciation. Elle n'est valable que dans le cas où il y a un « aliquid datum vel retentum seu promissum ». La conséquence en est que la *professio* : « nihil *rell.* » n'a aucune valeur juridique et que l'héritier testamentaire ne peut pas s'en servir contre le *suus*.

Tout le rescrit pivote, donc, sur le passage « non ex causa donationis, sed transigendi animo », que, en aucune manière, par conséquent, je ne saurais supprimer. Mais même si l'on veut considérer comme interpolés les mots *transigendi animo*, qui ne sont pas authentiques dans le D. 3, 6, 1 § 3 (2), c'est la forme seule que l'on a infirmée et non pas le fond. D'abord *donationis causa* équivaut évidemment à *donandi animo ;* ensuite même si l'on supprime les mots *transigendi animo*, on n'élimine pas pour cela le fait de s'en rapporter à l'intention de transiger

(1) Ils sont trop éloignés de ces autres « submoveri non potest » auxquels il se réfèrent ; ils sont, en outre, mal placés entre *suus heres* et *qui*.

(2) FAVRE-KRÜGER, *ad h. l.*

de la part du *suus heres ;* cette intention ressort d'une manière négative du « non ex causa donationis » et d'une manière positive de la condition de l'« aliquid datum vel promissum vel retentum », qui est essentielle pour la validité de la *transactio.* D'ailleurs je ne crois pas qu'il soit permis de reconstituer le texte, en y faisant une large coupure, ainsi : « ... petiturum [*non-animo*] in iure professus est [*cum-procedat*] submoveri non potest ».

Voici maintenant l'exemple que j'ai choisi pour prouver tout le relief et toute l'importance que la jurisprudence classique attribuait à l'*animus.* Il s'agit d'une espèce qui me paraît non seulement insoupçonnable (1), mais encore des plus caractéristiques.

On sait que si l'exécution d'une obligation est, sans qu'il y ait faute du débiteur, devenue impossible soit juridiquement, soit matériellement, l'obligation s'éteint et le débiteur est libéré. Cela arrive, par ex., si la chose promise a été placée, *sine facto promissoris, extra commercium* (*sacra, religiosa,* ou rendue libre, s'il s'agit d'un esclave) ; ou bien si elle a été désagrégée comme, par ex., un navire ou un édifice qui ont été démolis.

Mais *quid* si ces objets reprenaient leur ancien état, si la chose rentrait dans le commerce, si le navire ou l'édifice étaient

(1) Le fait que la question se trouve répétée dans deux textes du même auteur (D. 45, 1, 83 § 5 Paul. LXXII *ad ed.*; D. 46, 3, 98 § 8 Paul. XV *quaest.*) avec des mots presque identiques contribue, à ce qu'il me semble, à la mettre à l'abri de tout soupçon. Jusqu'ici, en effet, personne n'a douté de son authenticité, bien que la critique se soit occupée des textes en question. Dans le D. 46, 3, 98 § 8 les remaniements qui ont été déjà indiqués comme tels commencent plus loin [*et quidem-cedit*](Beseler, *Beiträge,* II, 17). D. 45, 1, 83 § 5, qui toutefois est authentique dans la partie qui est essentielle pour nous, paraît avoir été interpolé plus profondément que le fr. précédent : [*quia — in obligationem*] (Beseler, *Beiträge,* I, p. 111 ; Vassalli, *Dies* et. *Bull.* t. XXVII, p. 212 en note]) ; [*nam de — possunt*] [*sed si usque — alia erit*] (Arangio Ruiz, *Studi formulari* [*Bull.* t. XXXII, p. 22, n. 1]). Voy. aussi Beseler, *SZ,* t, XLV, p. 451 s. Même en effaçant depuis *sed si reficiendae navis* jusqu'à *alia erit,* l'affirmation fondamentale « et si navis hac mente resoluta est,ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est » reste intacte.

reconstruits? Tandis que selon CELSE l'obligation se rétablissait, PAUL au contraire, et avec lui toute la jurisprudence, décidait négativement pour deux raisons : 1° l'objet rentré dans le commerce est différent du premier (alius videtur) ; 2° le principe : *in perpetuum sublata obligatio restitui non potest* (D. 46, 3, 98 § 8).

Toutefois une exception était admissible dans le cas où le navire avait été reconstruit avec les mêmes planches. Dans ce cas-ci il fallait distinguer deux hypothèses différentes, reconnaissant comme élément différentiel décisif l'intention du démolisseur : « si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas : *alia* videbitur esse posterior navis, sicut ille (c'est-à-dire l'esclave d'abord affranchi qui plus tard redevient esclave) *alius* homo est » (1). Si au contraire le *dominus* avait démoli son navire pour le reconstruire *isdem tabulis*, après cette reconstruction « *eadem* navis est quam te daturum spopondisti » (2).

---

(1) Voy. aussi D. 34, 4, 27 du même PAUL., *l. XXI quaest.*: ...nam etsi rursus in servitutem ceciderit, non tamen legatum eius resuscitabitur : *novus enim videtur homo esse* (BOHÁČEK, *Ademptio legati*, 1925, p. 110).

(2) On ne rencontre pas cette distinction en matière d'usufruit (D. 7, 4, 10 § 7) ; mais D. 8, 2, 20 § 2 y fait allusion. PAUL. (!) *l. XV ad Sab.* Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, *ut eadem specie et qualitate reponatur*, utilitas exigit, ut idem intellegatur : nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur : et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii.

Ce texte fait, de ma part, l'objet d'un large examen dans un travail, (*Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio*), qui va paraître dans les *Rendiconti Istituto Lombardo*. Je me borne ici à quelques remarques. M. PRINGSHEIM, *Ztschr. Savigny-Stift.*, t. XLII, p. 560 efface tout le passage « nam alioquin — aedificii ». Je ne suis pas de cet avis. La restitution que je propose est la suivante : Si ... reponatur [ ], nihilominus aliud est quod [ ] ponitur : quam ob rem sublato aedificio (*sicut*) usus fr. interit, quamvis... aedificii, (*ita et ius stillicidii perit*) mais le Préteur accorde une formule fictice (*ac si idem aedificium fuisset* ou *ac si aedificium sublatum non fuisset*) ou même l'*in integrum restitutio*. A mon avis donc les compilateurs auraient remanié le texte pour y effacer toute trace de l'intervention du magistrat en renversant l'ancienne décision du *ius civile*, à laquelle ils auraient substitué celle du *ius honorarium*.

Il s'ensuit que dans le premier cas l'obligation est irrémédiablement éteinte, tandis que dans le second « videtur magis obligatio *cessare* quam extincta esse ». Pendant un certain temps — depuis la démolition jusqu'à la reconstruction du navire — l'obligation reste démunie d'action *(cessat)* parce que son objet fait défaut, puisqu'*in rerum natura* le navire n'existe pas, mais seulement les *tabulae* séparées.

Mais la circonstance que la démolition de la charpente est accomplie dans le but de la reconstruire, la volonté du *dominus*, sa *mens*, en un mot son *animus navem rursus componendi*, empêche l'extinction du rapport obligatoire, bien qu'il demeure à l'état virtuel.

Il s'agit d'une distinction très subtile, que, je le répète, je ne saurais en aucune façon attribuer aux Ecoles ou aux compilateurs. Elle prouve, au contraire, quelle importance fondamentale les auteurs classiques ont reconnue à l'*animus*. L'acte accompli est le même dans les deux cas ; mais l'intention qui le détermine, son but est tout autre ; de cette diversité dérivent des conséquences juridiques très différentes.

Il est presque superflu de faire remarquer que dans notre hypothèse l'intention à laquelle on attribue une si grande importance n'appartient à aucune des parties contractantes. A plus forte raison donc, devait-on rechercher et mettre en valeur l'intention des actes accomplis par les parties mêmes.

Tout concourt donc à faire croire que la jurisprudence classique déjà n'ignorait pas le procédé consistant à s'en rapporter à l'*animus*, à la volonté intime des parties. Même si l'on prouvait d'une manière catégorique (et on est bien loin de l'avoir prouvé) que tous les textes dans lesquels on rencontre le mot *animus*, ou les autres similaires *(adfectus, adfectio*, etc.) sont interpolés ou glosés, la démonstration ne serait que partielle. D'abord parce qu'il s'agirait probablement de pures retouches terminologiques, et ensuite pour qu'elle soit complète, elle devrait porter sur tous les textes qui, sous des

formes différentes, présentent la même pensée : p. ex. novandi *causa*, donandi *causa*, celandi *gratia*, donandi *gratia*, *voluntate* et ainsi de suite.

Ensuite, si l'on admet, ainsi que le fait M. PRINGSHEIM, et après lui M. ALBERTARIO (quoique dans une mesure plus restreinte) que dans quelques cas (soit en matière de délits, soit en matière de mariage ou de possession) on doit avoir la considération de l'*animus* (ou *affectio*) comme authentique, on ne peut pas nier d'ailleurs que cette même considération ait pu être adoptée et l'ait été dans d'autres institutions juridiques. On ne peut pas concevoir le droit, dans son évolution et dans son progrès continuel, comme étant constitué par un certain nombre de compartiments étanches, séparés par des cloisons infranchissables qui empêchent les interférences et les influences réciproques entre les différentes institutions.

Dès que la nécessité, ou tout simplement l'utilité de rechercher et de mettre en valeur l'élément subjectif s'est affirmée, même dans un champ borné, il est impossible que la même tendance ne se soit pas propagée irrésistiblement, fût-ce avec mesure, dans tout l'ordre juridique. Ainsi, p. ex. l'élément conventionnel pénétra sans cesse dans tous les actes juridiques : adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem quae non habeat in se conventionem (1).

Il faudrait, en somme, nier l'esprit du droit prétorien et de la jurisprudence classique, tel qu'il se manifeste par mille indices ; il faudrait prouver que celle-ci eut un caractère sta-

---

(1) D. 2, 14, 1 § 3. C'est avec satisfaction que je vois que malgré les nombreuses critiques dont ce texte a été l'objet (voy. en dernier lieu ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni* [*Riv. dir. commerc.*, t. XXI, p. 497 et n. 6]) M. DE RUGGIERO le considère tout récemment comme authentique, dans son esprit et dans son ensemble (*La classificazione dei contratti* ecc. [*Studi in onore di S. Perozzi*, p. 391]). A notre tour nous aussi n'excluons pas, bien entendu, que dans ce passage, il put exister des retouches, dont la portée sera indiquée bientôt, je l'espère, par M. RICCOBONO.

tique et non dynamique ; en un mot, il faudrait accepter l'affirmation, qui a été déjà faite (1), que le droit romain classique était à certains points de vue comparable à un droit *primitif*.

En outre ce n'est pas une objection valable que la difficulté de la recherche concernant les faits intérieurs, car cette difficulté n'était pas plus grande pour les Romains qu'elle ne l'était pour les Byzantins, ou qu'elle peut l'être pour tout autre peuple. Et cela, d'après le fait que la recherche sur les éléments psychologiques était, et sera de tous les temps conduite sur les « dati esteriori che permettono di concludere alla loro esistenza » (2). Dans cette analyse les Romains ont été, et ils nous apparaissent tels encore aujourd'hui, des maîtres, que personne n'a jamais dépassés. En tout cas ce sont précisément les Byzantins qui parfois y échouent, et, qui pour y remédier, ou réclament comme étant nécessaire une déclaration explicite, ainsi qu'il arrive en matière de novation (3), ou échafaudent, au moyen des fameux *videndum*, *credendum*, *intelligendum*, des présomptions que les jurisconsultes classiques ignoraient, et par lesquelles on écarte la difficulté de la preuve. J'en citerai un seul cas qui m'est offert par la procédure. Tandis que dans l'hypothèse où quelqu'un, qui avait différentes causes de controverse, *agendo causam non expresserit*, les classiques recherchaient *quod actum est*, JUSTINIEN, au contraire, pour trancher toute difficulté, non seulement dispose « *videri* ius suum omne in iudicium deduxisse » (4), mais encore, à l'ancien principe : « id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes » il substitue l'autre « id non venire de quo *nominatim* actum est ne veniret ». Tout cela parce que « periculose esse ex persona

(1) Par M. COLLINET, *The general problems raised by the codification of Justinian*, p. 11.

(2) SOLAZZI, *op. cit.*, p. 384.

(3) C. 8, 41 (42), 8 ; voy. COSTA, *Animus novandi* (*St. Schupfer*, I, p. 49).

(4) C. 7, 40, 3.

rei hoc metiri, qui semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse » (1). C'est que les Byzantins ne connaissent, semble-t-il, d'autre moyen que la déclaration des parties pour trouver *quod actum est* (2).

Le phénomène était, d'ailleurs, la conséquence inévitable du nouvel état de choses. Le plus grand relief que, indéniablement, les Byzantins ont donné *expressis verbis* à l'élément intentionnel fut, en effet, rendu presque toujours nécessaire, surtout par la décadence des formes, aussi bien dans le droit matériel que dans la procédure. La matière ferme, solide et précise sur laquelle les classiques travaillaient pour en déduire l'intention des parties, c'est-à-dire le *quod actum*, faisait défaut. L'analyse des *verba*, qui étaient l'expression révélatrice de cette volonté, n'était presque plus possible et n'avait plus le même relief, parce que précisément l'importance des *verba* était déchue avec le déclin du formalisme. La pleine liberté accordée à la manifestation de volonté fit que désormais on dut en référer directement à elle, non pas comme auparavant et d'habitude, indirectement, c'est-à-dire à travers sa forme extérieure. Ceci n'empêche pas qu'on attribua déjà à l'époque classique la plus grande valeur à cet élément subjectif, quoiqu'il ne fut pas trop évident, étant placé au second rang, comme derrière un voile. Cela n'empêche pas que l'interprétation des *verba*, dans laquelle s'est exercée la subtilité d'esprit de la jurisprudence romaine ne fût, au fond, que l'interprétation de la volonté qui s'était manifestée par ces *verba*. Si l'on ne pouvait pas aller au delà de leur signification, il faut l'attribuer au fait que l'obligation naissait précisément *verbis*, tandis que dans le droit de JUSTINIEN toutes les obligations ont, en réalité, leur source dans le *consensus*.

---

(1) D. 5, 1, 61, TRIB. Sur l'interpolation voy. GUARNERI CITATI, *Di un criterio* etc. (*B. I. D. R.*, t. XXXIII, p. 218 ss.).

(2) Dans quelques cas ils établissent qu'à la déclaration du défendeur on doit préférer celle de l'*actor* : D. 45, 1, 83 § 1 qui est une autre loi interpolée (voy. GUARNERI, *l. c.*) et assez instructive.

En somme la recherche de l'*animus* était déjà, dans le droit classique, le but principal de la jurisprudence, favorisée et alimentée par le droit honoraire.

Ces quelques considérations suffisent, à mon avis, à rendre très discutable l'idée d'une substitution systématique dans le droit *post classique* et byzantin de la « Rücksicht auf den inneren Willen der Partei » « an die Stelle des klassischen Beachtens der sachlichen Lage, der richterlichen Prüfung des *objektiven* Tatbestandes ». « L'*animus* come il *dolo* » je répète une fois encore les paroles remarquables de M. Scialoja « fu uno dei principali elementi tecnici, che usò la giurisprudenza *più progredita* per elaborare con più precisa e sottile analisi la materia giuridica ». Et personne ne saurait avancer d'une façon expresse l'idée absurde, à laquelle on est arrivé implicitement, à savoir que la jurisprudence byzantine fût « più progredita » que la jurisprudence classique.

II

Obligation alternative et affranchissement « in fraudem creditoris »

Dans la vaste casuistique créée par l'application de la *lex Aelia Sentia*, on trouve également, au nombre des questions examinées, celle de savoir si le débiteur qui a promis alternativement deux esclaves, peut en affranchir un avant l'exécution de l'engagement pris. C'est sur cette question que je vais m'arrêter dans ce chapitre en y étudiant l'application de la loi *Aelia Sentia* aux obligations alternatives.

* * *

La question est traitée par Julien dans un fragment de ses *Digestes*. Scaevola y fait écho dans un passage qui explique le texte de Julien, en même temps qu'il le renforce.

Je les transcris l'un et l'autre, tels qu'ils nous sont parvenus.

D. 40, 9, 5 § 2 IULIANUS *libro sexagensimo quarto digestorum.*

Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit « Stichum aut Pamphilum dare spondes? », deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit : libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur. quamvis enim fuit in potestate Titii, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. quod si solum Pamphilum dari promisisset, non dubitarem, quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit : multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur, an extra obligationem sit. nam et qui ob aureos quinque (1) Stichum et Pamphilum pignori dederit, cum uterque eorum quinum aureorum (1) sit, neuter manumitti potest : at si Stichum solum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere.

6 SCAEVOLA *libro sexto decimo quaestionum.*

Iulianus de eo loquitur, qui in substantia nihil aliud habeat : nam si habeat, quare non dicetur unum posse manumitti? quia et unc mortuo solvendo est, et uno manumisso solvendo est, nec adventicii casus computandi sint : alioquin et qui unum incertum ex servis suis promisit, neminem manumittet.

Selon le texte de JULIEN si Titius a promis « Stichum aut Pamphilum » et si tout son patrimoine se limite à ces deux seuls esclaves, il ne peut pas affranchir Stichus sans agir frauduleusement envers son créancier, puisque, dans l'intervalle, Pamphile peut mourir, et que, dans ce cas, Titius resterait tout à fait insolvable. Conséquemment, tel affranchissement s'il est un fait accompli, sera nul, selon la loi *Aelia Sentia*. De même celui qui a donné en gage Stichus et Pamphile ne peut affranchir ni l'un ni l'autre.

---

(1) HS V. IUL. : LENEL, *Paling.*, I, 472, n. 1 (IUL. n. 766).

Dans les deux cas, la raison en est que l'obligation s'étend aux deux esclaves : « multum enim interest... an extra obligationem sit ».

Il est donc tout-à-fait évident que si vice versa Titius possède d'autres biens, l'affranchissement fait par lui est parfaitement valide, le créancier pouvant toujours avoir un recours sur le reste de son patrimoine. La solution donnée par la l. 5 § 2 est, en effet, subordonnée à la condition : *si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat ;* voy. aussi la loi 6. En résumé, pour l'application de la loi *Aelia Sentia*, ce n'est pas l'insolvabilité spécifique qui est requise, mais seule l'insolvabilité générique (1).

Cela est si vrai que celui qui s'est obligé à donner Stichus, peut néanmoins l'affranchir valablement, si, malgré la manumissio, il demeure solvable, c'est-à-dire s'il lui reste de quoi payer la litis aestimatio à laquelle il sera condamné envers le créancier (2).

---

(1) Ceci est confirmé, outre que par D. 44, 7, 45, par le début de notre loi 5 § 2 : « Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat ». (Voy. plus loin, 69 ss.).

(2) Cela résulte, p. ex., du D. 44, 7, 45 Paul. *V ad Plaut.* Is, qui ex stipulatu Stichum debe(b)at, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam [*super eo*] promissor conveniretur, decesserit, non tenetur : non enim per eum stetisse videtur, quo minus praestaret. Les derniers auteurs qui se sont occupés de ce texte sont Haymann, *Ztschr. Savigny-Stift.*, t. XL, p. 324 ; Genzmer, *ibidem*, t. XLIV p. 127 ; Beseler, *ibidem*, t. XLV, p. 217 n. 3. Selon ce dernier écrivain Paul aurait écrit : ... decesserit, (nihilo minus) tenetur, (quia) per eum stetisse videtur *rell.* Nous pouvons nous dispenser de soumettre ce texte à une exégèse plus approfondie parce que, quelle qu'en soit la reconstruction proposée, il prouve toujours que l'affranchissement de Stichus est parfaitement valable, bien qu'il fasse déjà l'objet d'une stipulatio. De fait si ce texte est interprété tel qu'il est aujourd'hui, la combinaison de la manumissio avec la mort de l'esclave avant la conventio démontre que si la mort n'était pas survenue, le promettant aurait répondu du fait de l'affranchissement, parce que per eum stetisse videtur, quominus praestaret. Or si l'affranchissement rend impossible la prestation de l'esclave, c'est qu'il est parfaitement valable, et ne tombe pas sous les dispositions de la loi Aelia Sentia. On arrive aux mêmes conséquences avec la reconstruction proposée par M. Beseler. Il est évident que, si l'affranchissement avait été

Nous verrons plus loin quelles difficultés présente cette conception appliquée aux obligations alternatives ; pour le moment, bornons-nous à rechercher si l'affranchissement de l'un des esclaves promis alternativement pouvait tomber sous la sanction de la loi *Aelia Sentia*.

Le texte n'a jamais, que je sache, soulevé de graves difficultés (1). Mais si l'on considère d'une part, les principes qui régissent les obligations alternatives, et de l'autre, ceux qui gouvernent l'application de la loi *Aelia Sentia*, la décision attribuée à JULIEN n'apparaît plus ni aussi simple ni aussi justifiée qu'elle semblait l'être de prime abord. De fait, de nombreuses objections se présentent :

a) Dans les obligations alternatives, le choix appartient, en règle, au débiteur ; dans ce cas, lorsque celui-ci use de ce droit (et il semble qu'à ce point de vue, ce soit pour lui une condition favorable, puisqu'il peut choisir entre deux ou plusieurs objets), l'obligation se concentre et devient simple. C'est là précisément la conséquence de l'affranchissement de l'un des esclaves promis. Le débiteur, par un acte de sa propre volonté, mettant hors du commerce l'une des deux *res*, indique clairement qu'il a choisi de donner l'autre, et, dans ce cas, l'obligation porte

---

nul, de façon que l'esclave ne pût pas obtenir la liberté, il était parfaitement inutile d'en faire mention, tout se réduisant à voir si, la chose ayant péri avant l'action judiciaire, le débiteur en répondait ou non.

Deux autres lois supposent la validité de l'affranchissement d'un esclave promis. Ce sont : 1. D. 45, 1, 83 § 5 PAUL. *LXXII ad ed.* ...nam et cum quis.... Stichum dari promisit, liberatur si *sine facto eius*... Stichus ad libertatem pervenerit. Il était donc possible que Stichus fût parvenu ad libertatem, *facto promissoris* ; mais en ce cas celui-ci n'aurait pas été libéré ; 2. D. 45, 1, 91 § 1 PAUL. *XVII ad Plaut.* (ce texte cependant a été certainement modifié par les compilateurs : voy. GENZMER, *op. et l. cit.* p. 96 ss.). Voy. aussi le D. 40, 9, 5 § 2 « Si Titius nihil amplius in bonis ... habeat ».

(1) Le recueil de M. DI MARZO, mis aimablement à ma disposition — et je lui en exprime ici, une fois pour toutes, mes sincères remerciements — ne comporte aucune indication bibliographique. Pour les modernes, BUCKLAND, *The roman law of slavery*, page 563. n. 11. Pour les anciens, v. CUIAS, *Opera omnia*, vol. VI, col. 425 (ed. Neap., 1758) qui approuve la décision de Julien (« Et hoc est verissimum ») et FAVRE, *Jurispr. papin.*, VI pr., II, ill. 4.

exclusivement sur celle-ci. Il s'agit donc de l'exercice d'un droit qui est étroitement lié par sa nature à l'obligation alternative, le *ius eligendi.*

Pour que le choix soit valable, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait simultanément avec la « *solutio* » de l'objet, en se confondant même avec celle-ci ; le contraire est démontré par le *ius variandi* que le débiteur conserve après le choix effectué. Et si le choix, une fois fait et notifié au créancier avant la *solutio*, avait une certaine valeur juridique, il est clair que la destruction postérieure de la chose choisie devait entraîner l'extinction de l'obligation, déjà devenue simple en vertu de l'*electio.*

Il est vrai que l'on enseigne que le choix ne devient définitif qu'après le paiement, mais, à mon avis, il faut ajouter que le même fait se produit lorsque, comme dans le cas dont il s'agit, le paiement de l'autre, ou des autres objets indiqués dans l'obligation, ne se peut effectuer par le fait du débiteur. L'affranchissement implique donc un choix définitif. On ne s'explique pas, par conséquent, comment il peut être considéré comme lésant les interêts du créancier : « idcirco nihil videtur fecisse Titius in fraudem Maevii manumittendo Stichum » écrivait Cujas (1), qui toutefois a cru pouvoir opposer victorieusement le même motif cité dans le texte : « uterque esse in obligatione recte dicitur ».

Ce qui toutefois ne semble pas décisif.

Pour que ce le fût, il faudrait démontrer que le choix ne peut s'exercer que simultanément avec la *solutio* et par celle-ci, ce qui, comme on l'a vu, n'est pas exact.

Il faut, en outre, tenir compte de la nature des obligations alternatives. Elle est telle que, lorsque le choix appartient au débiteur, celui-ci ne nuit à aucun des droits du créancier, ne viole pas l'obligation si, par son fait, elle est devenue simple (2).

---

(1) L. c.

(2) « Non commette torto, concentrandosi l'obbligazione sulla cosa superstite » écrit M. Arangio Ruiz, *Corso*, t. I, p. 319.

De fait, s'il détruit l'un des objets, la stipulation *non committitur* (*D.* 46, 3, 95 § 1 PAP. 28 *quaest.*) (1), parce que s'il est vrai que toutes les *res* alternativement promises sont *in obligatione*, il est également vrai qu'une seule est *in solutione*. Donc, en rendant simple l'*obligatio* par la *manumissio*, il n'y a pas fraude, parce que la *solutio* demeure possible. Enfin, avec la théorie contraire, on arriverait à des résultats exorbitants et à des conséquences que SCAEVOLA lui-même, dans le fr. 6, présente comme absurdes.

b) Mais toutes ces considérations qui peuvent laisser perplexes les esprits les plus circonspects, cèdent le pas à un argument plus grave, et qui, jusqu'à présent, a été négligé.

La loi *Aelia Sentia* déclarait bien nuls les affranchissements faits « in fraudem creditoris », mais quand pouvait-on dire qu'il y eût fraude? La jurisprudence avait naturellement examiné ce point essentiel, aboutissant à la conclusion qu'il y avait « fraus » dans le cas, non pas d'une simple diminution, pour le créancier, de la possibilité pour lui, d'être payé, mais de réelle insolvabilité du débiteur. Pour plus de précision, il fallait :

1) Que le *manumissor* fût précédemment insolvable, ou le devînt *datis libertatibus*, c'est-à-dire par suite des affranchissements. JUST. *Inst.* I, 6 pr : ... is qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem. § 3 = D. 40, 9, 10 GAI. 1 *rer. cott.* In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel (qui) datis libertatibus desiturus est solvendo esse » (2).

---

(1) Il n'en est pas de même si le choix est donné au créancier. Cfr. en effet dans le texte la phrase « cum debitoris esset electio ».

(2) Voy. encore : GAI. I, 21... *qui solvendo* non *erat...* ; ULP. I, 14... qui *solvendo* non *est...* ; D. 28, 5, 43 (JUL.) qui *solvendo* non *erat...* ; 56 (PAUL.) si is qui *solvendo* non *est* ...; 58 (PAUL.) si is qui *solvendo* non *est*...; 61 (CELS.) qui *solvendo* non *erat*...; 40, 1, 21 (PAP.)...si *solvendo* non *est*...; 40,4, 57 (GAI.)... qui *solvendo* non *esset*...; 40, 9, 5, § 1 (JUL.)... qui *solvendo* non *est*...; 7 pr. (JUL.)... *integris* facultatibus...; 11 § 1 (MARC.)... quae non *erat solvendo*... ;

2) Qu'il sût qu'il était ou qu'il allait devenir insolvable *(consilium fraudis)* (1).

Il s'ensuit que, si le débiteur devait un esclave, les affranchissements concédés par lui n'étaient pas frauduleux tant qu'il lui en restait un, ou de quoi en payer la valeur.

Aucune des conditions indiquées ci-dessus ne se rencontre dans le cas qui nous occupe. De fait :

a) L'insolvabilité n'existe pas. Le choix appartenait au débiteur. Titius pouvait se libérer en donnant Pamphile, et, même après l'affranchissement, celui-ci est resté *in obligatione* et dans son patrimoine, ce qui suffit à satisfaire à l'obligation dérivant de la *stipulatio*.

b) En conséquence, le *consilium fraudis*, c'est-à-dire la connaissance de la fraude, fait également défaut chez le débiteur.

Mais, objecte le texte, Pamphile peut mourir avant l'échéance. Or par cette mort on aurait l'extinction de l'obligation « ex stipulatu », qui, au contraire, ne se serait pas éteinte si Stichus n'eût pas été affranchi. Eh bien ! Cette possibilité constitue une aggravation de la condition du créancier, mais non la *fraus*, soit l'insolvabilité exigée par les juristes pour appliquer la loi *Aelia Sentia*.

Cette insolvabilité ne devait pas se produire par des faits postérieurs (2) à l'affranchissement, qui n'étaient qu'éventuels

---

16 § 3 (Paul.)... qui *solvendo* non *erat*...; § 5 (Paul.)... sciat *solvendo*... non *esse*...; 23 (Pomp.)... qui sciret se *solvendo* non *esse*...; 29 (Gai)... si *solvendo* sit... ; D. 42, 8, 15 (Jul.)... sciret se *solvendo* non *esse*...; C. 7, 11, 7 (Diocl. et Max)... non *solvendo* constitutus... ; 7, 8, 1 (Sév. et Ant.)... qui *solvendo est*.

(1) D. 42, 8, 15 Julianus (!) 49 *Dig.* ; 40, 9, 23 Pomp. ; 16 § 5 Paul ; J. I., I, 6 § 3. Voy. le chapitre Ier.

(2) Si au moment de l'affranchissement le débiteur était insolvable, ou, par cet acte, le devait devenir, cette insolvabilité pouvait aussi, dans le cas le plus ordinaire, être constatée plus tard ; mais la condition qui empêche la liberté existe toujours au moment de la libération.

au moment où il a eu lieu, et pouvaient même ne pas se produire, mais elle devait exister au moment même de l'affranchissement, et en être la conséquence immédiate (1). En d'autres termes, l'insolvabilité survenue après coup n'a pas d'effet rétroactif. C'est si vrai que si, comme dans l'affranchissement testamentaire, l'époque de la libération ne coïncidait pas avec celle de la déclaration de la volonté du *dominus*, il fallait que l'insolvabilité eût existé dès le premier moment. Les textes ne laissent aucun doute à ce sujet, et ces textes sont, pour le plus grand nombre, de JULIEN lui-même. C'est JULIEN (— AFRICAIN) qui subordonne la nullité de la *manumissio* non seulement à la mort du testateur insolvable (autrement il n'y aurait pas eu d'*eventus damni*) mais aussi à ce fait que cette libération aurait été accordée *in fraudem creditorum* (D. 40. 9. 8 § 1) (2).

Une conception identique se retrouve dans PAUL (D. eod. 18 pr.) (3) et dans GAIUS (D 40. 4. 57.... si ipse testator adauctis postea facultatibus decessisset).

En outre, c'est toujours JULIEN qui examine si, pour la nullité de l'affranchissement, il suffisait que le testateur fût insolvable au moment où il donnait la liberté dans les codicilles, ou s'il fallait qu'il le fût même quand il les avait confirmés (D. 40. 9. 7 pr. ; 29. 7. 4) ; et c'est encore JULIEN enfin qui exige que le testateur non seulement fût insolvable au moment

---

(1) Voy. p. ex. D. 40. 9. 11 § 1... divi fratres rescripserunt, non utique, si debitor fisci manumiserit, libertates impediuntur, sed ita, si eum non erat *solvendo*, **in fraudem manumisit ; cfr. aussi fr. 16 § 3, D. eod.**

(2) Le texte est tiré des *quaestiones* d'AFRICAIN, mais on sait qu'elles **reproduisent les décisions du Maître.**

(3) La fin du texte ne doit pas s'entendre dans le sens qu'une libération faite en fraude au moment du testament, le devienne ensuite après vérification de l'insolvabilité du testateur, mais elle se rapporte au cas spécifique examiné par le juriste. En tous cas, même en l'interprétant diversement, il reste établi ce que nous avançons concernant les libérations par acte entre-vifs, dans lesquelles manque l'intervalle entre la déclaration de volonté et l'acquisition de la liberté, et par conséquent le moment de la libération coïncide avec celui de l'adition de l'hérédité dans les affranchissements **testamentaires.**

de la disposition prise mais encore qu'il sût qu'il l'était (D. 42, 8, 15).

Cela ne suffit pas. Si nous admettons qu'on ait tenu compte même d'un événement futur et incertain, de nouvelles difficultés surgissent. En effet, comment les juristes devaient-ils se comporter en pareille occurence? JULIEN pouvait-il affirmer que l'affranchissement de Stichus était, sans conteste, *in fraudem* et par conséquent, nul (« libertas rescinditur ») par la seule possibilité que Pamphile mourût? Si Pamphile ne mourait pas, et que vînt ainsi à manquer l'*eventus damni*, il y aurait eu alors un affranchissement reconnu et frappé comme étant frauduleux, sans que JAMAIS fussent intervenus ni *eventus damni*, ni *consilium fraudis*, c'est-à-dire sans fraude! Et il aurait été annulé (libertas *rescinditur*) pour fraude, sans que le créancier fût lésé! Evidemment, cela est absurde. Dans les affranchissements testamentaires, même si la liberté était accordée *in fraudem*, elle était parfaitement valide si le débiteur mourait solvable, parce que, alors, l'*eventus damni* faisait défaut (1).

Le moment décisif est donc celui dans lequel l'esclave doit acquérir sa liberté.

On pourrait objecter, il est vrai, que l'affranchissement frauduleux, s'il était reconnu tel, n'était pas nul, mais était seulement tenu en suspens, jusqu'au moment où, le terme de la créance étant échu, on pouvait constater si le débiteur était ou non en mesure de faire face à ses obligations, et, pendant ce temps la condition de l'esclave affranchi était celle de *statuliber* : D. 40, 7, 1 § 1 ULP. *V ad Sab.* (2). Mais, tandis que

(1) D. 40, 9, 8 § 1 ; C. 7, 11, 1.

(2) « Fiunt autem statuliberi vel condicione expressa vel vi ipsa : condicione expressa quid est, manifestum est, vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur ; nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt, quoniam fraus cum effectu in lege Aelia Sentia accipitur. »

cet enseignement, qui interprète ce texte de la manière la plus probable (1), est bien fondé pour le droit de JUSTINIEN (2), il ne nous semble pas acceptable, au contraire, pour l'époque classique. Il est bien facile de le démontrer.

1. Puisque le D. 40, 7, 1 parle de *statuliberi*, il n'aurait porté, à l'origine, même s'il était parfaitement authentique, que sur les esclaves affranchis (fraudandorum creditorum causa) *testamento*, et non sur les autres (3). La mention du testament y a été, sans doute, volontairement supprimée par les compilateurs (4), afin de donner plus d'étendue à l'acception du mot *statuliber*, de manière à y faire rentrer, comme il était

---

(1) Il faut tenir compte d'une autre interprétation restrictive, à savoir que le texte a rapport non au moment de l'échéance, mais à celui où le juge affirme l'existence de l'« *eventus damni* » et du « *consilium fraudis* » et annulle la libération.

(2) Voy. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano*[3], p. 47.

(3) On ne saurait douter qu'en droit classique « *statuliber* » n'était que l'esclave affranchi, sous quelque condition, *testamento* : FESTUS, s. v. statuliber (BRUNS[7], II, 40), *statuliber* est, qui testamento certa condicione proposita iubetur esse liber ; ULP. *Reg.* 2, 1. Qui sub condicione *testamento* liber esse iussus est, *statuliber* appellatur ; GAI. 2, 200 *statuliberi*, id est eius servi, qui *testamento*... liber esse iussus est. Voy. encore, parmi les autres textes : ULP. 2, 2 *statuliber* ... servus *heredis* est (cfr. aussi les §§ suivants) ; D. 40, 7, 9 pr. (ULP.) *statuliberum* medio tempore servum *heredis* esse nemo... ignorare debeat ; § 3 *statuliber* — *hereditas* ; D. 10, 2, 12 § 2 (ULP.) *statulibero*... qui interim est *heredum* ; D. 29, 5, 1 § 4 (ULP.) ; D. 40, 7, 16 (ULP.) *Statulibera* quidquid peperit, hoc servum *heredis* est; D. 31, 11 pr. (LAB. — POMP.) *Statuliberum* ab *herede* legatum ; etc. etc. etc. Voy. pour la littérature moderne : FERRINI, *Pandette*[3], p. 68 ; BONFANTE, *Istituzioni*[3], p. 42 ; PEROZZI, *Istituzioni*, t. I, p. 173 ; ARANGIO RUIZ, *Corso*, t. II, p. 85 ; GIRARD, *Manuel*[5], p. 119 n. 5 ; 926 n. 2 ; RABEL, *Grundzüge*, § 18, p. 422 etc. etc. Tous ces écrivains n'ont qu'un tort, c'est de ne pas faire de distinction entre le droit classique et le droit de Justinien.

(4) D'ailleurs M. PEROZZI, *op. cit.*, t. II, p. 432 n. 2, a constaté que le D. 40, 7, 1 pr. est interpolé [*in diem vel*] (sub) condicione[*m*]. Pour le § 1 voy. ci-dessous. Mais personne n'a remarqué, que je sache, la suppression, que les compilateurs y ont opérée, du mot « testamento » ; suppression qui est d'autant plus significative que la loi dans laquelle elle a été accomplie est la première du titre *De statuliberis* (XL, 9).

naturel d'ailleurs (1), même l'esclave affranchi *inter vivos* (2).

En outre le texte ne dit pas : « dum incertum est, *an debitor solvendo sit* », mais tout simplement « *..d.i.e., an creditor iure suo utatur* », ce qui est bien différent.

2. Mais l'enseignement qui découle de la l. 1 § 1 au D. 40, 7 est bien loin, selon nous, d'être authentique. Il n'a pas manqué, en effet, d'éveiller des soupçons bien fondés.

Ainsi M. Vassalli l'affirme à bon droit interpolé (3) écrivant que dans le fr. 1 § 1 cité « l'emblema si coglie per molto segni » en référant en cela à Gai., 1, 37 et Fr. Dosith., 16.

3. L'état de suspension est bien inconcevable, au moins pour les affranchissements *vindicta* et *censu*, qui étaient en pleine vigueur à l'époque où la loi Aelia a été votée (an 4 ap. J.-C.). Ni l'un ni l'autre de ces affranchissements, et c'est un point sur lequel je reviendrai dans un autre travail (4), ne comportaient ni *conditio*, ni *dies* (5). La statulibertas, en effet, comme nous l'avons vu, n'était possible que dans la *man. testamento* (6). Il s'ensuit que la loi Aelia Sentia, puisqu'elle ne faisait pas de distinction entre les différentes formes d'affranchissement, devait annuler tout simplement les *manumissiones in fraudem*, c'est-à-dire celles qui avaient été faites par un dominus qui était insolvable ou qui le devenait datis libertatibus.

---

(1) Tout affranchissement pouvant être, désormais, *sub condicione* ou *in diem*, il n'y avait plus de raison pour rattacher exclusivement la statulibertas à la manumissio testamento.

(2) Naturellement les commissaires n'ont pas songé à faire disparaître en même temps toutes les traces de l'ancien système, dans lequel la statulibertas se rattachait exclusivement à la *manumissio testamento*. D'ailleurs, selon leur méthode, il n'était pas nécessaire de le faire, après avoir généralisé la définition de *statuliber* en y effaçant toute mention de testament. Aujourd'hui même, étant donné ce qui précède, nous ne pouvons pas nous tromper sur l'interprétation dogmatique du droit de Justinien. Les textes qui sont restés intacts doivent se mettre en rapport avec la nouvelle définition du *statuliber*.

(3) *Op. cit.*, p. 231.

(4) *I poteri dell'erede* ecc.

(5) Je me ici borne à citer Perozzi, *op. cit.*, I, 173; Mitteis, *Pr.R.*, I, 168 s.

(6) Voy. ci-dessus.

4. Certes, la terminologie des textes semble exclure que la loi *Aelia Sentia* se soit bornée à rendre conditionnels les affranchissements *in fraudem* plutôt qu'à les annuler immédiatement après la constatation de l'existence de la *fraus* au moment où l'affranchissement devait avoir son effet :

Gai., I, 37... is qui in fraudem manumittit (1) *nihil agit*, quia lex A. S. *impedit* libertatem (cf. I, 47... manumissi liberi non fiunt).

Ulp. *Reg.* I, 15 lex manumittere *prohibet*.

Fr. Dos., 16 lex A. S... *prohibet* servum creditorum fraud. causa manumissum *civem romanum fieri*.

D. 40, 9, 27 pr. Hermog. 1 *iur. ep.*... in fraudem creditorum manumittitur *liberque esse prohibetur*.

D. 40, 9, 16 § 2 Paul. 3 *ad l. A. S.* Ne quis creditorum fr. c. manumittitur hac lege cavetur.

Et encore :

Impediri libertatem : I., 1, 6 § 3 ; D. 40, 9, 11 § 1 Marci., *XIII inst.* (s'en rapportant à un rescrit des *divi fratres*) ; 16 § 5 Paul. *III ad l. A. S.* : 40, 9, 24 Ter. Clem.-Jul.

Revocari libertatem : D. 40, 9, 16 § 3 (Paul.) ; C. 7, 11, 1 (Alex.).

Infirmari libertatem : C. 7, 8, 2 (Sev. et Ant.).

Rescindi libertatem : D. 40, 9, 5 § 2 Jul. *LXIV dig.* : D. 42, 8, 15 Jul. *XLIX dig.*

5. Il y a mieux encore : l'un des textes d'où ressort plus nettement l'impossibilité que l'on ait considéré l'affranchissement en fraude comme conditionnel, est exactement notre fr. 5 § 2. Tandis que Paul écrit dans le D. 40, 7, 1 pr. « Statuliber est qui (testamento) statutam et destinatam (sub condicione) libertatem habet » supposant une attribution

(1) Qui est « is qui in fraudem manumittit », c'est Gaius lui-même qui nous le dit en I., 1, 6 § 3 = D. 40, 9, 10 pr., et il convient de ne pas l'oublier : « qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse. ». Voy. ci-dessus, p. 61.

valable de liberté, quoique conditionnelle ; tandis que, d'après la construction du § 1, la loi *Aelia Sentia* se serait bornée à suspendre la *libertas* jusqu'au moment où serait constaté si, en réalité, le créancier était irrémédiablement lésé par l'affranchissement ; au contraire, dans le fr. 5 § 2, on affirme « libertas... *rescinditur* » et non, par exemple, « in pendenti est (1) » ; et, il est bon de le noter : « rescinditur » immédiatement, c'est-à-dire lorsque le débiteur est encore solvable, parce que Pamphile est encore en vie, et lorsqu'on ignore même s'il y aura jamais insolvabilité, parce qu'on ignore si Pamphile mourra avant la « solutio » (2).

On ne trouve donc nulle part une allusion à la suspension ou au délai (excepté quand il s'agit des dettes conditionnelles) (3). La *libertas* s'annule tout simplement, et l'époque de l'annulation ne coïncide pas avec celle de l'inexécution des obligations, mais remonte au moment où les effets de l'affranchissement devaient commencer à se produire (4). La condition de l'esclave affranchi par le débiteur a pu être analogue à celle du *statuliber* pendant le laps de temps qui s'écoule

(1) L'observation ne perd rien de sa valeur, en admettant que Julien eût écrit « *non* rescinditur ». De fait l'usage du verbe *rescindere* et à l'indicatif présent, au surplus, subsiste, et il est caractéristique du style de Julien (cfr. aussi D. 42, 8, 15, Iul. XLIX dig.).

(2) Il est à peine nécessaire de remarquer que l'interprétation du texte dans le droit de Justinien doit être tout autre. Il faut dire, en effet, que « libertas *rescinditur* » seulement au moment de l'échéance et dans le cas où Pamphile vînt à mourir et le créancier fît usage de son droit.

(3) V. aussi D. 40, 9, 13 et ci-dessous n. 4.

(4) On peut, à mon avis, déduire un autre argument contre D. 40,7, 1 § 1 de D. 40, 9, 16 § 4 Paul. *III ad l. Ael. Sent.* Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statuliber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione. Si le texte est authentique (et c'est peu problable : voy. Vassalli, *op. cit.*, p. 230-1), Paul mettait en évidence, comme chose singulière, cet état de suspension, analogue à la *statulibertas* (« *quasi* », non tout à fait « *statulibertas* ») produit par la libération, ce qui exclut l'idée que la « statulibertas » fût la conséquence de tout affranchissement frauduleux. En affirmant cela, nous ne nous prononçons par sur la question de l'applicabilité de la loi *Aelia Sentia* aux dettes conditionnelles. Elle est semblable, mais non identique à la nôtre.

entre l'affranchissement et la sentence qui prouve l'inexistence des conditions nécessaires pour l'application de la loi *Aelia Sentia*, mais non pendant la période successive à la sentence qui *rescindit* la *libertas*.

Pour que l'affranchissement fût nul, l'insolvabilité devait donc être actuelle (1) et non future, éventuelle, incertaine, dépendant du concours d'autres faits. En ce cas, aucune libération valable n'eût été, à la rigueur, possible. Ceci est d'une évidence qui s'impose, et coïncide au surplus avec la règle rappelée par SCAEVOLA dans le fr. 6 : « adventicii casus computandi non sunt » (2). Autrement, déclare le juriste, assumant cette idée de la fraude, on arriverait à prohiber tout affranchissement en quelque cas que ce soit : « alioquin et qui unum incertum ex servis suis promisit, neminem manumittet », c'est-à-dire à une absurdité évidente (3).

C'est pour cela que, ainsi que je l'ai déclaré ci-dessus, la décision attribuée à JULIEN ne se justifie pas facilement.

Mais, loin de s'aplanir, les difficultés se multiplient quand on approfondit l'examen du texte. En effet, comme je l'ai déjà signalé (4), la nullité de l'affranchissement de Stichus est subordonnée à l'hypothèse suivant laquelle « Titius nihil amplius in bonis habeat »; ceci est le pivot de tout le passage. Or, cela signifie que si Titius possédait d'autres biens, il pouvait librement affranchir l'un des esclaves, (et même tous les deux) parce que, en cas de mort du second, il ne restait pas insolvable (5).

---

(1) Cfr. BUCKLAND, *op. cit.*, p. 561 : « there must be actual damnum to the creditor. »

(2) J'avertis immédiatement que tout le fr. 6 est considéré comme une paraphrase par M. BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, t. III, p. 168-9 ; je crois, au contraire, que dans la seconde partie, il contient des éléments authentiques, pour cela, voir plus loin, p. 80.

(3) Le cas de l'optio legata per vindicationem (D. 40, 9, 3) s'explique par le ius electionis et le droit réel du légataire.

(4) Ci-dessus, p. 58.

(5) Voy. la l. 6 de Scaevola « nam si habeat,... uno manumisso solvendo est ».

Je n'insiste pas sur l'observation, qui se présente spontanément, à savoir que, à la rigueur, il semble arbitraire de limiter de cette façon l'hypothèse de la fraude, parce que, si l'on admet que Pamphile puisse mourir, on devrait admettre aussi (si l'on doit rester dans le champ des probabilités) que les autres biens peuvent également se détruire dans l'intervalle.

Je m'arrête, au contraire, sur le point principal. Le texte suppose, comme chose toute naturelle, au point qu'il n'y fait pas allusion, mais la sous-entend, que, même après la mort de Pamphile sans qu'il y eût faute du débiteur Titius (1), une responsabilité subsiste à laquelle lui, Titius, s'il est insolvable, ne peut pas faire face. L'*interitus rei* ne l'a donc pas libéré, et cela, parce que, évidemment, l'obligation, tout en étant d'espèce, était, à l'origine, alternative.

Il faut donc remonter aux principes qui régissent ce genre d'obligations, et voir ce qui arrivait dans l'hypothèse où la livraison de l'un des objets promis étant rendue impossible par le fait du débiteur, l'autre périssait par une cause naturelle.

Le cas est prévu dans une loi amplement refaite par les compilateurs, et très connue de la critique (2) c'est-à-dire :

---

(1) « quia interim mori possit ». Si Julien avait pensé à une destruction par la faute du débiteur il n'aurait pas manqué de le dire.

(2) Scialoja (*Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche* [*Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, t. XI, p. 67] ; *Lezioni*, 1902-3, pp. 246 ss.) — Krueger *ad h. l.*; Perozzi, *Istituzioni*, t. II, p. 95 ; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, vol. I, p. 319, n. 4 ; Seckel, *Heumann's Handlexikon*, s. v. impunitus; Bonfante, *Istituzioni*, p. 368, n. 1 ; Beseler, *Beiträge*, t. II, p. 16, t. III, p. 24 ; *Miscellanea (Z. S. S.*, t. XLV, p. 238 [« Die Unechtheit von sane rell steht heute fest. »]; Litten (*Fest. f. Güterbock*, p. 278); Eisele (*Z. S. S.*, t. XXX, p. 145 ss.); Schulz, *Scientia dolus u. Error bei der Stellvertretung usw.* (*Zeit. Savigny-Stift*, t. XXXIII, p. 68) ; *Einführung in das Studium der Digesten*, pp. 104 ss. ; Riccobono, *Dal diritto romano classico al dir. moderno* (*Annali del Sem. Giuridico della R. Un. di Palermo*, III-IV, p. 615) ; *La fusione del jus civile e praetorium* (*Festschr. f. Zitelmann* [*Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil.*, t. XVI, p. 513-4]) ; *Stipulatio ed instrumentum nel dir. giustinianeo* (*Z. S. S.*, t. XLIII, p. 284) ; Solazzi, *Mora del convenuto e del fideiussore* (*Riv. it. sc. giur.*, LXI, p. 7 ss.) ; Haymann, *Z. S. S.*, t. XL, p. 308, n. 4 ; Arangio Ruiz, *Corso di istit. di dir. rom.*, I, p. 319 ; Genzmer, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs usw.* (*Z. S. S.*, t. XLIV, p. 92, n. 3).

D. 46, 3, 95 § 1 PAPINIANUS *libro vicensimo octavo quaest.* ... enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio,... tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur...

Comme on le voit, l'obligation *ex stipulatu* s'éteint (« nullo modo ex stip. agi poterit »), mais le créancier a droit à une *actio doli* contre le débiteur. Selon M. SCIALOJA (1) cependant, l'*actio doli* n'aurait été concédée que par les commissaires. A une telle hypothèse, accueillie par la plupart des auteurs (2), M. RICCOBONO (3) oppose le fr. 19 D. 4, 3, tiré aussi des « quaestiones » de PAPINIEN, dans lequel il est dit que contre le fidéjusseur qui aurait tué *promissum animal* selon NERATIUS et JULIEN « de dolo actionem reddi... oportere ». La comparaison cependant, quoique grave, ne me semble pas décisive, à cause de la diversité des deux espèces.

En effet, autre chose est de supprimer la chose due, et, par ce fait, d'amener immédiatement et inévitablement l'extinction de la dette, et sa propre libération, ou de donner lieu, de son propre fait, par la suppression de l'un des objets promis alternativement, à la concentration de l'obligation, en la laissant cependant subsister. Si ensuite l'autre objet périt, sans que la faute en soit au débiteur, c'est-à-dire par un cas fortuit, celui-ci n'encourt aucune responsabilité.

En somme l'acte du fidéjusseur, que frappe le fr. 19 par l'*actio doli*, est tel que, accompli par le principal obligé, il

---

(1) L. c. dans la note précédente, spécialement pp. 68-70.

(2) KRUEGER, PEROZZI, BONFANTE, ARANGIO RUIZ, SECKEL, LITTEN, BESELER, EISELE.

(3) *Dal diritto romano classico* etc. (*Annali cit.*, p. 615); voy. déjà pour l'authenticité de l'« *actio doli* » MITTEIS, *op. cit.*, p. 319, n. 4 ; sous réserve au contraire, SOLAZZI, *op. cit.*, p. 9 ; il ne me semble pas cependant qu'il soit tenu suffisamment compte de la nature toute particulière de l'obligation alternative.

perpétuerait l'obligation comme contraire à son contenu, tandis que l'acte du débiteur qui met en dehors du commerce ou détruit l'une des choses promises alternativement n'altère en rien le rapport obligatoire. De façon que, dans le premier cas, personne ne trouve grave l'*actio doli*, tandis que, dans le second, elle semble au moins exagérée. (1)

D'autant plus que dans le fr. 95 § 1 PAPINIEN ne parle pas, comme dans le fr. 19 D. 4, 3, de meurtre, mais il emploie, peut-être non sans raison, une phrase plus générale : « facto debitoris mortuus ». Et cela peut avoir son importance parce qu'un passage de PAUL *ad Plaut.* (D. 45, 1, 91 pr.) nous apprend que les juristes discutaient sur la question de savoir si celui qui avait négligé l'esclave malade, devenant ainsi la cause indirecte de sa mort, tombait sous la même sanction que s'il l'avait tué, et résolvaient la question dans le sens négatif (2), sans indiquer un remède prétorien. En conséquence, il ne semble pas croyable que PAPINIEN ait pu accorder l'action de dol contre le *promissor* qui aurait simplement laissé mourir l'un des deux esclaves promis alternativement. Pour ces raisons je penche décidément en faveur de l'hypothèse de M. SCIALOJA (3). Il s'ensuit que JULIEN ne pouvait pas subordonner la nullité de la libération à la solvabilité du promettant, parce que ce dernier, après la mort de Pamphile, ne devait plus rien au créancier.

---

(1) M. PEROZZI, par ex., l. c., trouve ici « stranissima » l'application de l'a. doli.

(2) Cf. en dernier lieu MM. GENZMER, *op. cit.*, p. 99 et KUNKEL, *Diligentia* (*Z. S. S.*, t. XLV, p. 328 s.). M. G. rétablit le texte ainsi : « ... sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor (quaeretur. magis est ut non teneatur), quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. » Pour la littérature, v. les auteurs cités par ces écrivains.

(3) Aux observations de M. SCIALOJA, j'en ajoute d'autres, linguistiques : 1) « actio doli » au lieu de « de dolo » se trouve seulement dans D. 44, 7, 35, qui est un fragment altéré: ALBERTARIO, *Zeit. Savigny-Stift.*, t. XXXII, p. 313 ; RICCOBONO, *Annali cit.*, p. 641 ; v. encore LITTEN, *op.* et *l. cit.*; 2) *actionem desiderare*, est phrase suspecte (v. mon *Indice* s. vv. actio et desiderare) ; 3) *merito* et *non inmerito* sont souvent compilatoires (v. aussi mon *Indice* cit. s. v. *merito*) ; 4) *impunitus* est suspect à M. BESELER,

En admettant même que l'*actio doli* du fr. 95 § 1. D. 46, 3 soit authentique, et nous ne le croyons pas, la décision de JULIEN (fr. 5 § 1) ne semble pas encore acceptable.

De fait, il reste encore à voir :

1° Si l'usage de l'*actio doli*, dans l'application qui en est faite dans le fr. 95 § 1, était déjà connu de JULIEN, ou si elle ne fut pas, au contraire, une création de PAPINIEN, selon l'opinion la plus répandue parmi les écrivains les plus conservateurs. Il faut remarquer, en ce sens, que, tandis que PAPINIEN dans le fr. 19 D. 4, 3 (l. 37 quaest.) s'en rapporte explicitement à l'autorité de NERATIUS et de JULIEN, ici (l. 28 quaest.), dans un cas plus grave, non-seulement il ne cite personne, mais il recourt à une raison qui, si elle n'appartient pas aux compilateurs, convient parfaitement à son caractère « altamente morale » (1), et démontre qu'il s'agit d'un remède récent. En effet si PAPINIEN éprouvait le besoin de motiver ainsi la concession de l'*actio doli*, il semble peu probable que JULIEN l'eût déjà connue comme employée dans un cas semblable, et comme *ius receptum*. Or si l'*actio doli* est dans l'espèce de la l. 95 § 1 une création de PAPINIEN, celui-ci étant postérieur à JULIEN, cette hypothèse équivaut, pour la critique de notre l. 5 § 2, à celle de M. SCIALOJA.

2° En tout cas, il y a toujours, à mon avis, une différence très sensible entre les deux espèces : meurtre ou affranchissement de l'esclave. Le premier de ces actes, considéré avec un sentiment de haute morale, peut être jugé comme ne devant

---

Beiträge, IV, p. 115, 268 ; un autre texte avec *impunitus* également interpolé, est le D. 48, 19, 5: ALBERTARIO, *Delictum e crimen* cit., p. 25; 5) sur *admittere* dans le sens de commettre (un acte illicite) outre mon *Indice*, s. h. v., v. maintenant ARANGIO RUIZ, *Su gli editti de publicanis ecc.* (*Studi Perozzi*, p. 233, n. 2).

A l'origine, le texte pouvait avoir la forme suivante : « nullo modo ex stip. agi poterit (non) aliter quam in persona fideiussoris qui promissum hominem interfecit, (sed hoc casu de dolo actionem reddi... [cfr. D. 4, 3, 19]).

(1) BONFANTE *Storia del dir. romano*[3], t. I. p. 391.

pas rester impuni, mais on n'en saurait dire autant de l'affranchissement. C'est vraiment une exagération que de vouloir frapper de l'*actio doli* une généreuse libéralité, constituant l'exercice d'un droit du débiteur, et qui, par un cas fortuit postérieur, faisait tort au créancier. La même faute attribuée au débiteur du fr. 95 § 1 manque absolument chez Titius, ou on ne la devrait admettre qu'en raison du peu de compte tenu de la mort possible de Pamphile. C'est, en vérité, trop peu pour une *actio doli*. Et il ne faut pas perdre de vue un fait qui ne parle pas en faveur de l'authenticité de notre fr. 5 § 2, c'est-à-dire que, ainsi que je l'ai fait observer déjà, la responsabilité du débiteur est présupposée chose tout à fait naturelle ; le texte ne fait pas mention de l'action prétorienne correspondante.

Il me semble donc qu'il est permis de conclure, revenant au fr. 5 § 2, que, une fois Pamphile mort, Maevius n'avait contre Titius aucune action, ni contractuelle, ni honoraire.

Et alors, je le répète, l'application de la loi Aelia Sentia ne pouvait pas être subordonnée à la circonstance que Titius, après la mort de Pamphile, fût ou non solvable, puisqu'il n'était plus tenu, envers le créancier, ni *iure civili*, ni *iure praetorio*. Donc, comment se fait-il que, dans les passages de JULIEN et de SCAEVOLA, nous trouvions, comme condition indispensable à la nullité de l'affranchissement, que « Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat »? Nous en chercherons plus loin l'explication.

Telles sont les difficultés soulevées par le texte, auquel, en outre, on peut reprocher quelques légers vices de forme, c'est-à-dire le *quamvis* construit avec l'indicatif *(fuit)* (1) et le *quia* avec le conjonctif *(possit)* (2).

---

(1) V. mon *Indice*, s. v. *quamvis*.

(2) V. mon *Indice* s. v. *quia* et *adde* : DE FRANCISCI, *La legittimazione passiva nell' azione funeraria* (*Annali Perugia*, t. XXXII, p. 49, en note (extr.)) ; ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (*Bull.*, t. XXXIII), p. 54 (extr.) et *Sul concetto di ius naturale* (*Rendic. Istit. Lombardo*, t. LVII, p. 171).

Ces observations nous permettent de soupçonner que le passage ne nous est pas parvenu tel qu'il a été écrit par JULIEN. Nous en proposons donc une reconstruction qui, au moins, se présente comme très probable, en nous appuyant surtout sur les points de repère suivants :

1° L'interprétation donnée par la jurisprudence à la loi *Aelia Sentia* qui ne refusait la liberté que lorsque le *manumissor* était ou devenait insolvable, au moment de l'affranchissement.

2° Le régime classique probable de l'obligation alternative, en vertu duquel cette obligation devenue simple par le fait du débiteur, celui-ci était complètement libéré par la perte naturelle de l'objet resté dans la stipulation, et, dans tous les cas, la difficulté, dans l'hypothèse en question, d'imaginer Titius tenu, en droit classique, par une action honoraire, après la mort de Pamphile.

Partant de ces points, auxquels on peut ajouter une plus complète interprétation de la circonstance que Titius n'a pas d'autre créancier que Maevius, il me semble qu'il est permis de supposer que, à l'origine, JULIEN concluait pour l'inapplicabilité de la loi *Aelia Sentia*, et, par conséquent, pour la validité de l'affranchissement de Stichus.

Si l'on admet cette hypothèse, tout s'éclaircit et s'aplanit.

a) Les principes en matière d'affranchissement ne sont pas violés. L'esclave devient libre parce qu'il n'y a pas *fraude*, et il n'y a pas fraude parce que, au moment de la libération de Stichus, il n'y a pas, et il ne se produit pas d'insolvabilité. La possibilité de la mort de Pamphile constitue un cas fortuit, futur et incertain, mais on a vu que nécessairement « adventicii casus computandi non sunt » (1).

---

(1) Il faut ajouter à cela que l'opinion opposée, exprimée dans le texte « non sine fraude stipulatoris Stichum (Titius) manumisit », manque de toute justification; ce qui, étant données les raisons contraires, serait invraisemblable de la part d'un juriste classique.

b) Le principe de la libération absolue du débiteur est appliqué dans le cas d'extinction, à raison de l'anéantissement de l'objet, de l'obligation alternative, devenue simple par le fait du débiteur.

c) En mentionnant que « Titius nihil amplius in bonis habeat quam Stichum et Pamphilum », JULIEN se bornait à énoncer la condition indispensable pour que l'on pût discuter si la loi *A. S.* était ou non applicable (1). Or l'importance de la décision est précisément dans le fait que Titius ne possédant que Pamphile et Stichus, et que les ayant promis *tous les deux*, puisque la promesse est alternative il peut en affranchir un, sans tomber sous la loi *Aelia Sentia*.

d) Les mots « cum alium creditorem non haberet » acquièrent une signification plus complète. Titius n'a pas d'autres biens que Stichus et Pamphile, promis alternativement ; or, pour que l'affranchissement de Stichus soit valable, il faut naturellement qu'il n'ait pas d'autres créanciers. S'il en avait, il est clair que l'affranchissement serait nul, parce qu'il serait fait en fraude envers ces autres créanciers, Titius devenant tout à fait insolvable.

Ceci était, selon moi, à l'origine, le contenu du passage en question. Naturellement il est impossible de le reconstituer littéralement, ni même pas à peu près. J'en propose, cependant, une restitution approximative qui s'efforce d'utiliser tous les éléments du texte :

... libertas per legem Aeliam Sentiam (non) rescinditur : fuit enim in potestate Titii ut Pamphilum daret. (et ideo, licet) quamdiu eum non dederit interim mori possit, sine fraude stipulatoris Stichum manumisit (non aliter ac) si solum Pamphilum dari promisset : (in quo casu (2)) non dubitarem quin Stichus ad libertatem perveniret, quamvis similiter Pamphilus

(1) Voy. ci-dessus p. 58.

(2) Cfr. D. 46, 3, 32.

mori possit. (nihil) (1) enim interest contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur an extra obligationem sit (si promissor data libertate manet solvendo. Diversum in pignore dato) : nam qui rell.

Les retouches que nous proposons trouvent appui et justification dans la forme du passage ; le « quamvis » (2) avec l'indicatif a disparu ; le subjonctif « possit » régi par « quia » retrouve naturellement sa préposition originaire « licet » (ou « quamvis »), l'incertain et cauteleux « non sine fraude » et le « quod si » (souvent employé par les compilateurs) (3) sont également éliminés. En outre l'hypothèse résultant de cette opposition assume une fonction plus naturelle et plus digne de considération quand on l'imagine utilisée, à l'origine, par le juriste, pour indiquer une condition analogue à celle où se trouvait le débiteur après la concentration de l'obligation alternative, comme effet de l'affranchissement de Stichus, et par conséquent destinée à en justifier la validité.

L'affirmation « nihil enim interest rell. » peut faire une certaine impression, mais il est bon de réfléchir que la libération de l'esclave dû est parfaitement valable si le débiteur reste solvable, c'est-à-dire s'il peut dédommager le créancier de ce qu'il a, de son propre fait, rendu la dation de l'esclave impossible (4).

Enfin, je ne crois pas que l'on puisse motiver la décision concernant l'obligation alternative par l'hypothèse du gage. En premier lieu celle-ci manque de l'élément de l'alternativité, et, pour cette raison, le droit précis du créancier à ce que les objets soient et demeurent pour lui une garantie de son crédit, est violé (5). En second lieu, le gage est, par sa nature même,

---

(1) Cfr. D. 12, 6, 32 § 1 ; 15, 1, 37 § 3 ; 19, 1, 24 pr.

(2) Une insertion analogue du mot *quamvis* aurait été déjà faite selon M. Scialoja, *op. cit.*, p. 67, dans la L. 95 § 1 D. 46, 3.

(3) V. mon *Indice*, s. v. *quod*.

(4) Voy. ci-dessus, p. 58.

(5) Voy. aussi l'hypothèse de l'optio legata : ci-dessus, p. 69 n. 3.

soumis à des règles particulières, de sorte que les principes usuels établis par la loi *Aelia Sentia* ne s'appliquent pas à lui, s'il est constitué *specialiter* (1). La *manumissio* de l'esclave engagé — et elle se différencie en cela de celle de l'esclave promis — est, de fait, toujours nulle, même s'il s'agit d'un débiteur riche qui, après l'affranchissement de l'esclave, reste solvable : D. 40, 1, 3 Paul. 39 *ad ed.* Servus pignori datus etiamsi debitor locuples est (2), manumitti non potest. C'est que, sur l'esclave engagé, existe un droit réel du créancier gagiste, droit qui, au contraire, n'existe pas en faveur du simple créancier.

Reste à expliquer pourquoi les compilateurs auraient fait tomber sous la sanction de la loi *Aelia Sentia* l'affranchissement de Stichus, renversant ainsi la décision originaire de Julien. La raison s'en trouve, à mon avis, dans le nouveau régime byzantin des obligations alternatives, ainsi qu'il résulte de l'interpolation de la l. 95 § 1 D. 46, 3 ; et précisément dans la responsabilité incombant au débiteur, dans le cas où, l'obligation alternative étant devenue simple par son fait, l'objet resté *in obligatione* viendrait à disparaître (fr. cit.). Ce qui, me semble-t-il, se rattache à un autre principe, c'est-à-dire que, dans le droit de Justinien, le cas fortuit pour libérer l'obligé doit être « non prevedibile affatto o non riparabile innanzi » (3). Et ici la mort de Pamphile peut être prévue, et elle sera réparable par le fait de ne pas affranchir Stichus.

Cette responsabilité du débiteur, qui apporte un changement dans la conception de la dette alternative, peut seule expliquer la préoccupation de l'insolvabilité du débiteur « data libertate » et ensuite « mortuo servo », et comment l'affranchissement peut

---

(1) Il n'en est pas de même si la chose a été donnée en gage *generaliter* : Cfr. D. 40, 9, 29 ; C. 7, 8, 2. 3 ; D. 20, 2, 6. 9. Voy. ci-dessus p. 389.

(2) est *om.* F.

(3) De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in dir. rom.* (*Bull. Ist. Dir. rom.*, t, XX, p. 160 ss.); pour une application compilatoire de ce principe. v. Guarneri Citati, *Miscellanea esegetica*, I (*Annali Fac. giur. di Perugia*, t. XXXVII, 1924, p. 45 ss.).

être considéré comme frauduleux. De fait, l'obligation rendue simple, le droit du créancier est lésé, au moins en puissance, et on a commis un acte qui, s'il a pour lui des conséquences défavorables (c'est-à-dire en cas de perte de l'autre objet), ne doit pas rester impuni. Non pas que, pour cela, l'application de la loi *Aelia Sentia*, dans le cas qui nous occupe n'aurait demandé toujours un grand effort, parce que, à l'époque de l'affranchissement, manque l'*eventus damni*, c'est-à-dire l'*insolvabilité* actuelle (car Pamphile existait toujours), et par conséquent manque aussi le *consilium fraudis*, qui suppose au moins la connaissance de l'insolvabilité. Mais le moment décisif est, désormais, celui où creditor iure suo utitur.

Ce n'est pas pour rien que TRIBONIEN avait les pouvoirs du législateur, tandis que JULIEN, quelque grand qu'il fût, n'était qu'un interprète.

On ne peut pas nier, d'ailleurs, que les dispositions du nouveau droit sauvegardent assez bien les intérêts du créancier en même temps que ceux de l'esclave qui a été affranchi, parce que l'affranchissements ne sera déclaré nul que dans le cas, où, l'autre chose ayant péri, le créancier iure suo utatur. Dans l'intervalle l'esclave affranchi est statuliber.

* * *

Il est bien difficile, impossible même, de convaincre sur-le-champ le lecteur de sa propre assertion en une matière si ardue, et en présence d'un texte formellement assez bon ; aussi je ne me flatte pas d'y avoir réussi. Mais j'espère que l'examen, auquel je vais passer, du fragment de SCAEVOLA, fera pencher la balance en faveur de notre thèse. Nous y trouvons, en effet, la démonstration de l'interpolation dont nous avons cru pouvoir affirmer l'existence dans le texte de JULIEN.

Selon M. BESELER, ainsi que je l'ai indiqué déjà (1), toute la loi aurait été falsifiée et contiendrait une paraphrase du fr. 5 § 2.

(1) *Retro*, p. 69 n. 2.

Mais le critique allemand exagère un peu. La seconde partie du texte provient, selon moi, même avec quelques retouches, de l'original de SCAEVOLA.

1. Nous avons déjà vu que l'observation « nec adventicii casus computandi sunt » correspond à celle qui devait être l'interprétation et l'application de la loi *Aelia Sentia*. Or M. BESELER fait suivre le mot « adventicii » d'un point d'exclamation. Mais, outre que l'adjectif *adventicius* est employé dans la meilleure latinité (CICERON, LIVE, VARRON, SÉNÈQUE, PLINE, SUÉTONE) et n'est interpolé, à ma connaissance, qu'une seule fois dans les passages recueillis par le « Vocabularium iurisprudentiae romanae » (1) (2), il suffirait de le supprimer, comme on le fait pour *fortuitus* (3). Et même le fait de le trouver ici, au lieu de *fortuitus*, me semble un indice d'authenticité (4).

2. Le fait qu'on est en présence d'un ἅπαξ λεγόμενον *(casus adventicius)* n'est pas toujours probant.

3. La conclusion *alioquin rell.* me semble impeccable, et non indigne de SCAEVOLA.

4. Enfin, comme je le dirai prochainement, dans certain passage l'expression de la pensée est si peu heureuse, qu'elle ne permet pas de croire qu'il ait été écrit de premier jet.

Ceci admis, venons-en au texte.

La première moitié du fragment, jusqu'à l'interrogation «quare... manumitti? » ne contient d'authentique, à mon avis, que l'allusion à JULIEN. Sur ce point, je suis parfaitement d'accord

---

(1) ULP. VI, 3. 5. 6 ; D. 23, 3, 5 §§ 9, (itp.? BESELER, *ZSS*, t. XLV, 442) et 11 (ULP.) ; 40, 1, 4, 1 (ULP.); 42, 5, 28 (JAV.) ; 49, 17, 16 pr. (PAP.) ; 50, 17, 41 § 1 (ULP.).

(2) Employé trois fois dans les constitutions de Justinien (C. 3, 28, 36 § 1b; 5, 13, 1 § 1b; 6, 42, 32 pr.) jamais cependant avec « casus ». On ne le retrouve pas dans le vocabulaire de MARCHI, *Le interpolazioni risultanti dal confronto etc.* (*Bull.*, X, 1906).

(3) Sur *casus fortuitus*, v. ma *Miscellanea*, pp. 1 ss.

(4) Vu la sympathie des compilateurs pour *fortuitus* il est à supposer que, s'ils avaient dû ajouter un adjectif à *casus* ils auraient choisi celui-là, et non *adventicius*.

avec M. BESELER, et le « tribonianisme » me semble évident. Je passe sur les arguments de forme (tels l'usage du substantif « substantia » pris dans le sens de *bona*, patrimoine (1) ; l'interrogation rhétorique (2) ; le futur « dicetur » (3)) pour faire observer que se renforce ici, d'une manière surprenante, le point le plus suspect et le plus délicat du fragment de JULIEN qui était en même temps le plus intéressant pour les compilateurs.

Or, par bonheur, il me semble que la suite du fragment nous donne la preuve de l'interpolation de cette première moitié, et du fait que la pensée de SCAEVOLA était dans une direction tout à fait opposée à celle qui résulte aujourd'hui du texte. Par conséquent, SCAEVOLA se conformait, à mon avis, à l'opinion que nous avons attribuée à JULIEN. Examinons-en, en effet, la justification et divisons la en deux parties :

a) quia et uno mortuo solvendo est, et uno manumisso solvendo est...

Etant donné ce qui précède, la pensée que renferment ces mots ne peut être que celle-ci : que Titius, après l'affranchissement de l'un des deux esclaves, et la mort de l'autre, ayant « aliud in substantia » reste *solvendo*. Mais la manière d'exprimer une telle pensée est bien étrange. Avant tout, il faut remarquer que l'évènement de la mort précède celui de la libération, tandis que la question pivote sur l'hypothèse contraire. Si l'un des deux esclaves était mort, et qu'on voulût affranchir l'autre sur qui se concentrait l'obligation, il ne saurait y avoir aucun doute que, vu l'insolvabilité du débiteur,

---

(1) V. mon *Indice*, s. v. *substantia* ; *adde* SOLAZZI, *St. scienze giurid. e sociali*, Pavia, t. IX, p. 40 et n. 3.

(2) Pour d'autres interrogations semblables introduites dans les quaestiones de SCAEVOLA cfr. D. 24, 3, 47 (BESELER, *Beiträge*, t. IV, p. 235); 42, 8, 24 (SOLAZZI, *Studi sul concorso dei creditori nel dir. romano* [*Rendic. Accad. dei Lincei*, t. XVI, p. 563] ; BESELER, *Miscellanea* [*Zeit. Savigny-Stift*, t. XLIV, p. 360]).

(3) Egalement interpolé dans les *quaestiones* de SCAEVOLA : D. 45, 1, 131 CUGIA, *L'adiectus solutionis causa*, p. 18 ss. ; PRINGSHEIM, *Animus donandi* (*Zeit. Sav.-Stift*, t. XLII, p. 308).

l'affranchissement était *in fraudem creditoris* et, par conséquent, nul. En second lieu, il y a un autre élément qui ne doit pas être négligé : la répétition du « solvendo est », qui oblige à faire violence au texte pour l'entendre dans le sens ci-dessus, et qui donne lieu, comme nous le verrons à d'autres inconvénients. Il me semble en effet que SCAEVOLA, s'il avait voulu exprimer la pensée que le texte, dans son ensemble, lui attribue, aurait dû écrire différemment. En effet affirmer séparément, pour chacun des deux événements, la solvabilité du débiteur après chacun d'eux (« et uno mortuo solvendo est... est ») est un non sens. Je ne vois pas, par exemple, quel rôle a dans le texte, tel qu'il est aujourd'hui, l'assertion : « et uno *mortuo* solvendo est ». Il fallait, au contraire, mentionner les deux faits cumulativement, s'en rapportant au moment où ils s'étaient vérifiés tous les deux, et écrire à peu près ceci :

« ... altero mortuo altero manumisso solvendo est... ».

Cela ne suffit pas : quand on affirme que, après la mort de l'un des deux esclaves promis alternativement, le débiteur reste solvable, la solvabilité dérive non pas tant du fait que, outre ces deux esclaves, le débiteur avait « aliud in substantia », que du fait que l'autre esclave est toujours là. La condition de l'« aliud in substantia » n'a donc rien à voir dans cette hypothèse.

Or, il est évident que la solvabilité du débiteur s'affirmant, même après la concentration de l'obligation par la mort (« et uno mortuo solvendo est ») ou par la libération de l'un des esclaves (« et uno manumisso solvendo est »), parce que l'autre reste *in obligatione*, on en arrive à exclure, de la façon la plus certaine, l'application de la loi *Aelia Sentia* qui, de fait, supposait l'insolvabilité.

Cette partie de la justification ne se présente donc pas comme satisfaisante, et elle nous permet de soupçonner que, en réalité, SCAEVOLA voulait exprimer une autre pensée, c'est-à-dire la suivante. Etant donnée l'obligation alternative « Stichus ou Pamphile », de même que, l'un des deux esclaves étant

mort, le débiteur restait « solvendo » parce qu'il lui restait l'autre, de même après la libération de l'un des esclaves (et c'est l'hypothèse de Julien) il restait également « solvendo », parce qu'il y avait l'autre. Donc la loi *Aelia Sentia* n'était pas applicable.

Mais l'esclave restant pouvait mourir. C'est l'objection que fait JULIEN, et qui, dans le fr. 5 § 2, conduit à tenir l'affranchissement pour nul, parce que fait en fraude (fraude éventuelle, future et incertaine) : « quia interim mori possit ».

Cette hypothèse nous amène à la deuxième partie de la justification :

b) « ... nec adventicii casus computandi sint : alioquin et qui unum incertum ex servis suis promisit, neminem manumittet ».

SCAEVOLA déclare que, pour l'applicabilité de la loi *Aelia Sentia*, on ne doit pas tenir compte de ce qui peut se produire après l'affranchissement (*casus adventicii*) parce que, autrement, suivant tel criterium, on aboutirait à l'absurde, soit à admettre que celui qui a promis « unum incertum ex servis suis » n'aurait le droit d'affranchir personne, puisque tous les autres pouvant mourir dans l'intervalle, cette libération devrait, en définitive, être considérée comme faite *in fraudem creditoris*.

Or, dans le cas qui nous occupe, une fois Stichus libéré, la mort de Pamphile avant la remise à Maevius n'est qu'éventuelle, c'est un évènement futur et incertain, un *casus adventicius* selon l'expression même de SCAEVOLA, et comme tel « non computandus ». Il en résulte la validité de l'affranchissement de Stichus, puisque, entre dire que dans l'application de la loi *Aelia Sentia*, il fallait exclure les « casus adventicii », et tenir pour frauduleuse, envers les créanciers, la libération de Stichus parce que Pamphile peut mourir avant la « solutio », il y a, certes, contradiction.

Le raisonnement de SCAEVOLA devait donc être le suivant : dans l'hypothèse d'une stipulation alternative « Stichum aut Pamphilum dari » l'affranchissement de Stichus n'est pas

in fraudem parce que le débiteur demeure également solvable, comme il l'aurait été si Stichus était mort. Et on ne peut pas objecter que, en attendant, Pamphile peut mourir, parce que « adventicii casus computandi non sunt : alioquin rell. ».

L'examen, qui précède, de la loi attribuée à SCAEVOLA a donc démontré que ce texte a été refait par les compilateurs, qui lui ont donné un sens opposé à celui de l'original, pour le mettre en harmonie avec le passage précédent, auquel il devait servir de paraphrase. Par cela même, il constitue la meilleure preuve de l'altération que nous avons supposé avoir été apportée au texte de JULIEN, altération déterminée par le nouveau régime des obligations alternatives, et rendue possible par une plus libre et plus large interprétation de la loi *Aelia Sentia*.

* * *

Une scolie des *Basiliques* XLVIII, 7, 5 § 2 (HEIMBACH, IV, p. 715) semblerait cependant contraire à notre exégèse. Le scoliaste, après avoir paraphrasé le fr. 5 § 2, observe : « ταῦτα εἰπόντα τὸν Ἰουλιανὸν ἀναφέρει καὶ ὁ Κέλσος ἐν τοῖς διγγ· αὐτοῦ καὶ λέγει, ὅτι Ἰουλιανὸς περὶ ἐκείνου διαλέγεται... » et réédite la doctrine de la nullité de l'affranchissement si le débiteur « nihil habet in bonis, nisi solos servos »

La thèse donc que j'ai cherché à combattre se renforcerait ainsi du témoignage de CELSE.

Mais par un concours de circonstances, la notice du scoliaste ne mérite pas confiance.

En premier lieu, CELSE ne cite jamais JULIEN, et ne semble pas en connaître les œuvres (1), et vice versa (2). Qu'il rappelât ensuite un enseignement contenu dans le livre 64 des *Digestes* de JULIEN, cela semble incroyable, à cause de l'époque tardive, où il a dû être composé ; on y trouve mentionné, en effet, un

(1) KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*, p. 182 n. 21.

(2) KRUEGER, *op. cit.*, p. 186.

rescrit d'Antonin le Pieux (138-61) et déjà le livre XLVIII avait été rédigé après 148 (1). Mais il y a plus et mieux. Les paroles que le scoliaste attribue à Celse sont *ad litteram* celles qu'on lit dans le fr. 6 de Scaevola, ainsi qu'il résulte de la comparaison suivante :

Bas. XLVIII, 7, 5 § 2 sc. ἐπηρωτήθην	D. 40, 9, 6 (Scaev.)
... Ἰουλιανὸς περὶ ἐκείνου διαλέγεται τοῦ μηδὲν ἔχοντος ἐν ὑποστάσει, εἰ μὴ μόνους τοὺς οἰκέτας ; ἐὰν δὲ ἔχῃ καὶ ἑτέραν ὑπόστασιν, διὰ τί μὴ λέγομεν, δύνασθαι αὐτὸν ἕνα τῶν οἰκετῶν ἀδιαστίκτως ἐλευθερῶσαι : ἐπειδὴ κἂν ὁ ἕτερος τελευτήσῃ, εὔπορος ἐστιν ὁ χρεώστης. εἰκότως οὖν καὶ ἑνὸς ἐλευθερουμένου εὔπορος μένει, καὶ ὀφείλει ἐρρῶσθαι ἡ ἐλευθερία. καὶ οὐ χρὴ τοῖς ἔξοθεν συμβαίνουσι θέμασι προσέχειν ἡμᾶς, ἐπειδὴ καὶ ὁ ἀορίστως ἐπερωτηθεῖς, ἕνα τῶν ἰδίων οἰκετῶν παρέχειν τινὶ, οὐδένα αὐτῶν δύναται ἐλευθερῶσαι, διὰ τὸ ἐλπίζεσθαι τελευτᾷν τοὺς ἄλλους, καὶ μόνον περιεῖναι τὸν ἐλευθερούμενον. ὅπερ ἐστὶν ἄτοπον.	... Julianum de illo loqui, qui nihil habet in bonis, nisi solos servos. Quodsi alias facultates habeat, quare non dicimus, posse eum indistincte manumittere unum ex servis? nam et si alter decesserit, debitor solvendo est. Merito ergo etiam si unus manumittatur manet locuples et libertas valere debet. Nec adventitios casus nos intueri oportet. Nam et qui indistincte unum ex servis suis alicui dare promisit, nullum eorum manumittere potest, quod verendum sit, ne alii decedant, et solus superstes futurus sit is, qui manumittitur. Quod absurdum est(2).	Julianus de eo loquitur, qui in substantia nihil aliud habeat : nam si habeat, quare non dicetur unum posse manumitti? quia et uno mortuo solvendo est, et uno manumisso solvendo est, nec adventicii casus computandi sint: alioquin et qui unum incertum ex servis suis promisit, neminem manumittet.

Ceci démontre avec évidence que lorsque le scoliaste semble s'en rapporter au témoignage de Celse, il ne fait en réalité que paraphraser le texte attribué dans les Pandectes à Scaevola, et résumé dans les *Basiliques* de façon méconnaissable :

(1) Krueger, *op. cit.*, p. 185.

(2) J'ai transcrit même la traduction latine, pour que l'identité entre le texte de Scaevola et ce que le scoliaste attribue à Celse, en soit plus évidente.

XLVIII, 7, 6 Σκαεβόλας Εἰ μέντοι πρὸς τοῖς δύο δούλοις καὶ ἄλλην ἔχω οὐσίαν ἐλευθερῶ· ἐπειδὴ κἂν τελευτήσῃ ὁ μὴ ἐλευθερωθεὶς, δύναμαι τὴν τιμὴν δοῦναι· τὰ αὐτὰ κἂν ἀορίστως οἰκέτην ἐπερωτηθῶ.

Par conséquent on ne peut pas ajouter foi au passage des *Basiliques* quand il fait mention de CELSE. Plusieurs l'ont déjà remarqué. Il reste seulement à décider s'il s'agit d'une falsification consciente pour introduire les enseignements contenus dans le fr. 6, sans avouer la profonde simplification qu'il eut à subir en passant dans les *Basiliques*, comme je suis porté à le croire, ou bien, selon l'opinion de M. KRUEGER (1), d'une « falsche Lesung » au lieu de : τὸν Ἰουλιανὸν ἀναφέρει καὶ ὁ (Σκαεβόλας) ἐν (τῷ ς') διγ. (τούτου τοῦ τίτλου).

* * *

Notre étude est achevée. Si je ne me trompe pas, on en peut déduire les conséquences suivantes :

1° A l'époque classique la loi *Aelia Sentia* ne se bornait pas à suspendre l'efficacité des affranchissements *in fraudem* jusqu'à l'échéance des dettes, en imposant dans l'intervalle à l'esclave la qualité de *statuliber*, mais elle les annulait tout de suite. Dans le droit de JUSTINIEN, au contraire, comme le *favor libertatis* avait augmenté, dans le cas d'affranchissement en fraude (2) on en renvoyait l'annulation à l'époque de l'échéance des obligations, de sorte que l'esclave pût tirer profit de l'amélioration éventuelle de la situation économique de son maître et du fait, éventuel, lui aussi, que « creditor iure suo non utatur ».

2° La nullité dont menace la loi *Aelia Sentia* ne frappait jamais l'affranchissement de l'un des esclaves promis alter-

(1) *Op. cit.*, p. 186, n. 47.

(2) Naturellement si au moment de la *manumissio* il n'y avait pas de fraude, l'insolvabilité qui s'était vérifiée dans un temps postérieur ne portait pas à l'application de la *lex Aelia Sentia*.

nativement, si l'autre était encore « in rerum natura » et dans le patrimoine du débiteur. JUSTINIEN seul a étendu aux obligations alternatives la prohibition de la loi *Aelia Sentia*, si le maître n'a d'autres biens que les esclaves promis alternativement. L'innovation se rattache à la nouvelle conception du cas fortuit, et à la responsabilité aggravée du *promissor* dans les obligations alternatives.

3° S'il est vrai, de fait, que les fr. 5 § 2 et 6 sont interpolés dans le sens que nous avons indiqué, ceci constitue, à n'en pas douter, un nouvel argument en faveur de la thèse de M. SCIALOJA, sur l'interpolation du fr. 95 § 1 D. 46, 3, et sur l'état du droit classique, dans le cas de perte fortuite de l'objet d'une obligation autrefois alternative, et devenue simple par le fait du débiteur. Dans le droit de JUSTINIEN, au contraire, quand l'obligation alternative est devenue simple par le fait du débiteur, celui-ci n'est pas libéré par la perte successive et naturelle de l'autre objet, mais il est toujours tenu par une *actio doli*.

4° Puisque les fragments 5 § 2 et 6 appartiennent à deux masses diverses (« sabinienne » et « papinienne ») il est évident qu'ils ont été altérés par une même main, après que le titre 9 du livre XL avait été formé par la réunion des trois groupes : on a là une autre preuve en faveur de l'hypothèse suivant laquelle dans la formation du *Digeste*, le travail législatif proprement dit était accompli par une commission spéciale (1).

A. GUARNERI CITATI.

(1) Voy. en ce sens RICCOBONO, *Lezioni d'istituzioni*, 1906, p. 296. 311 ; *Stipulatio ed instrumentum* ecc. (*Z. Sav.-St.*, t. XXXV, pp. 288-9) ; *Dal dir. rom. classico al dir. moderno* (*Annali Palermo*, t. III-IV, p. 208 n. 1) ; BIONDI, *Iudicia bonae fidei* (*ibidem*, t. VII, p. 227) ; GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbl. indivisibili nel dir. rom.*, t. I (*ibidem*, t. IX), p. 152 n. 1.

LA LEGIS ACTIO AVEC FORMULE A L'ÉPOQUE DE CICERON

PAR

ÉMILE JOBBÉ-DUVAL

PROFESSEUR HONORAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LA LEGIS ACTIO AVEC FORMULE A L'ÉPOQUE DE CICERON

Sommaire. — § 1. *La procédure civile des Romains et la procédure moderne* — § 2. *Délimitation du sujet.* — § 3. *Aulu-Gelle et Gaius.* — § 4. *Les textes relatifs à la legis actio.* — § 5. *Les textes relatifs à la formule et à la conceptio judicii.* — § 6. *Exposé de notre doctrine. La théorie du cumul de la legis actio et de la formule.* — § 7. *Réponse aux objections.* — § 8. *Système de la procédure formulaire facultative.* — § 9. *Doctrine du domaine limité de la procédure formulaire.*

§ 1. — La procédure civile des Romains et la procédure moderne.

La procédure civile des Romains n'a pas, on le sait, été la même aux différentes époques de leur histoire.

On appelle système de procédure un ensemble de règles destinées à résoudre le problème de la forme à suivre dans les procès entre particuliers, et celui des moyens de procédure.

Les Romains connurent trois systèmes de procédure, les *legis actiones*, la procédure formulaire, la procédure extraordinaire. Ce serait, du reste, une grave erreur de confondre un système de procédure romain avec un Code de procédure moderne, remplaçant, à partir d'un jour déterminé, le Code de procédure auparavant en vigueur. En cette matière pas plus que dans les autres parties du droit romain, il n'y a eu de révolutions successives, mais une lente évolution. La procédure formulaire ne triompha pas en un jour. D'autre part, il fallut également du temps pour que la conception nouvelle de la justice administrative ou impériale se substituât, d'une façon complète, à l'*ordo judiciorum privatorum*, à la justice tradi-

tionnelle, reposant sur la distinction de la procédure *in jure* et du *judicium*.

A la vérité, les *legis actiones* étaient seules en usage avant la loi Aebutia, dans les procès entre citoyens romains, dans la *jurisdictio* du préteur urbain. D'autre part, depuis DIOCLÉTIEN au plus tard, c'est-à-dire à compter des dernières années du troisième siècle de l'ère chrétienne, la procédure extraordinaire la *cognitio extra ordinem judiciorum privatorum* demeura seule en vigueur.

Ainsi, au début et à la fin de l'histoire du droit romain, nous ne trouvons qu'un seul système de procédure, les *legis actiones* au début, la procédure extraordinaire à la fin. Au contraire, pendant la période intermédiaire, de beaucoup la plus féconde, entre la loi Aebutia et l'avènement de DIOCLÉTIEN, il y eut coexistence, application simultanée de plusieurs systèmes de procédure ; entre la loi Aebutia et les *leges Juliae* coexistence de la *legis actio* et de la procédure formulaire, entre les *leges Juliae* et DIOCLÉTIEN coexistence de la *legis actio* disparue en principe, maintenue cependant dans un domaine restreint, de la procédure formulaire, de la *cognitio extra ordinem judiciorum privatorum*. Cette constatation a une très grande importance : elle domine toute l'histoire de la procédure romaine.

On s'étonnera peut-être de nous voir rappeler ces notions élémentaires ; si nous le faisons c'est que les idées modernes relatives aux Codes de procédure exercent encore, à notre avis, trop d'influence sur l'esprit des historiens de la procédure romaine, malgré les progrès considérables réalisés dans les cinquante dernières années.

Rappelons aussi qu'envisagées à l'époque, antérieure au Bas Empire, l'organisation judiciaire et la procédure civile des Romains forment un contraste saisissant avec l'organisation judiciaire et la procédure civile des peuples modernes.

Les publicistes contemporains discutent sur les attributions qu'il convient de reconnaître à l'Etat ; mais, de l'avis

de tous, la justice constitue une attribution essentielle de ce dernier. L'une des fonctions les plus indiscutables du pouvoir social c'est de faire respecter le droit de chacun, et d'employer, au besoin, la violence, afin d'atteindre ce but.

Au contraire, les jurisconsultes du second et du troisième siècles de l'ère chrétienne considèrent encore comme un contrat le fait de lier l'instance, la *litis contestatio*, *judicio contrahimus*, tandis qu'aujourd'hui nous ne voyons rien de plus différent d'un contrat, qu'un procès.

Chez les Romains, pour que le procès s'engageât, il fallait l'accord des deux plaideurs, leur volonté commune de soumettre au juge leur contestation. A la vérité, sous la procédure formulaire, le magistrat disposait d'un pouvoir de coërcition qui lui permettait de peser sur la volonté du défendeur, afin de l'amener à consentir au procès ; s'il n'y consentait pas, le magistrat le traitait comme *indefensus*, mais, pour qu'il y eût procès, il fallait qu'il participât à la *litis contestatio* (1).

J'ajoute que, chez nous, le tribunal rend la justice au nom de l'Etat ; il représente la puissance sociale et elle seule. Le *judex unus* apparaissait, en sens inverse, comme un arbitre choisi, d'une façon directe ou indirecte par les deux adversaires, sous le contrôle du représentant de la cité, qui lui donnait l'investiture : il était, à la fois, le délégué de ce dernier et le délégué des parties (2).

L'idée moderne de la justice rendue au nom de l'Etat remonte seulement à la *cognitio extra ordinem judiciorum privatorum ;* tant que subsista la distinction de la procédure *in jure* et du *judicium*, la conception primitive de l'arbitrage

(1) Voyez en dernier lieu Mor. Wlassak, *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Philipp Lotmar. Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-historische Klasse*, 194 *Band*, 2 *Abhandlung*. *Wien*, 1920, 8 sq.

(2) La même observation, exacte pour l'*arbiter* et les *recuperatores*, ne l'est, au contraire, ni pour les *decemviri litibus judicandis*, qui, du temps de Cicéron jugeaient les procès de liberté, ni pour les *centumviri*.

continua à exercer de l'influence. Le *judicium privatum* différait du reste du compromis, en raison de l'intervention du magistrat.

§ 2. — Délimitation du sujet.

La *legis actio* avec formule, à l'époque de Cicéron, tel est le titre de cette étude, titre que nous empruntons à M. E. J. Bekker (1). Il s'agit, nous allons le voir, des *verba judicii* (2), du programme d'un procès déterminé, arrêté par le magistrat avec l'assentiment des plaideurs, assentiment qui n'est pas d'ailleurs toujours entièrement libre.

Ciceron (3) né le 3 juin 648 *ab U.* mourut le 7 décembre 711, 43 *a. Chr.* Dans son œuvre considérable les allusions à la

(1) Ernst Immanuel Bekker, *Der Legisactionsprocess mit Formeln zur Zeit Cicero's*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, V, 1866, 341 sq. Du même auteur : *Die Aktionen des röm. Privatrechts*, I, Berlin, 1871, 89 sq. ; *Zur Lehre von den Legisaktionen*, *Zeitschrift der Sav.-Stift. für R. G., Rom. Abth.* XXV, 1904, 54 sq.

(2) Cf. le livre récent de M. Moïs. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-historische Klasse*, 197 *Band*, 4 *Abhandlung*, Wien, 1921, et le compte-rendu de cet ouvrage par M. O. Lenel, *Zeitschr. der Sav.-Stift. für R. G.*, XLIII, 1922, *R. A.*, 567. Pour plus de simplicité, nous parlerons cependant, comme le fait l'opinion générale, d'instructions données par le magistrat au juge ; mais, à propos de la *conceptio judicii*, nous verrons l'importance du rôle des plaideurs.

(3) Voyez : Emilio Costa, *La Pretura di Verre. Contributo allo studio giuridico delle Verrine. Memoria consegnata il 18 ottobre 1907 alla Classe di Scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell' istituto di Bologna*, Bologna, 1907 ; du même auteur : *Cicerone giureconsulto. Memorie presentate alla Classe di Scienze morali della R. Accademia delle Scienze dell' istituto di Bologna. — Parte I. Il diritto privato*, 1911 ; *Parte II. Il diritto publico*, 1916 ; *Parte III. Il processo civile*, 1917 ; *Parte IV. Il diritto ed il processo penale*, 1919.

Ce dernier ouvrage et en particulier sa troisième partie nous a rendu les plus grands services. Voyez le compte-rendu de Biagio Brugi dans : *Rendiconti della Reale Accademia dei Lincei, Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Serie Quinta, vol. XXIX, fasc. 4-6, Roma, 1920, 116 sq. Cf. aujourd'hui : Jules Humbert, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, Thèse Lettres, Paris, 1925.

procédure de son temps sont très nombreuses : on les trouve dans les *orationes*, les traités de rhétorique et de philosophie, la correspondance (1) : elles se réfèrent à toutes les périodes de la carrière du grand orateur, au début comme à la fin. Si ce dernier ne devint jamais un jurisconsulte (2), il comprit, de bonne heure, l'importance de la science du droit, il assista, dans sa jeunesse aux consultations de Q. Mucius Scaevola, l'augure, consul en 637 *ab U.* 117 *a. Chr.* Malgré les célèbres plaisanteries du *Pro Murena*, il rendait pleine justice aux « prudents » dont plusieurs figuraient parmi ses amis les plus intimes. Bornons-nous à citer Aquilius Gallus, élève du grand pontife Q. Mucius Scaevola, consul en 659 -95 *a Chr.* et Servius Sulpicius Rufus, son adversaire du procès de Murena, dont il a fait, à plusieurs reprises (3), le plus bel éloge. S'il le fallait, le témoignage de Quintilien (4) ne permettrait pas de contester l'autorité de Cicéron en notre matière.

L'œuvre de ce dernier correspond à la fin de la seconde

---

(1) Cette concordance de toutes les parties de l'œuvre de Cicéron mérite d'être signalée; il ne s'agit pas seulement de plaidoyers d'avocat : nous nous trouvons, en outre, en présence, non pas d'un texte isolé, mais d'un très grand nombre de témoignages.

(2) Voyez ce que nous disions de Cicéron jurisconsulte dans notre : *Explication du n° 173 du Livre I du « De Oratore » de Cicéron, Nouvelle Revue histor. de droit*, 1904 et 1905, et tirage à part, 2-4.

(3) *Phil.* IX, 5, 11 ; IX. 7, 15. Appelons particulièrement l'attention sur le premier passage, dans lequel Cicéron montre Servius Sulpicius animé, avant tout, de l'esprit de justice : *Nec enim ille magis juris consultus quam justitiae fuit.* Cette belle formule donne du jurisconsulte un portrait fort différent de celui du *Pro Murena* et du *de Oratore*, I, 55, 236 : *Ita est tibi juris consultus ipse per te nihil nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum.* Cf. enfin ce que dit Cicéron, à propos d'Aquilius Gallus, *Pro Caecina*, XXVII, 78 *...qui juris civilis rationem nunquam ab aequitate sejunxerit.*

(4) *Institut. orat.*, XII, 3 : *Necessariam juris civilis oratori scientiam*, 10 ; *et M. Tullius non modo inter agendum numquam est destitutus scientia juris, sed etiam componere aliqua de eo coeperat, ut appareat posse oratorem non discendo tantum juri vocare sed etiam docendo.* Cf. Aulu-gelle, I, 22, 7 : *M. autem Cicero in libro, qui inscriptus est de jure civili in artem redigendo, verba haec posuit...*

période de l'histoire de la procédure romaine, période comprise entre la loi Aebutia (1) et les *leges Juliae* (2). Les progrès accomplis depuis la loi Aebutia étaient déjà considérables : le droit honoraire s'achevait ; la science du droit se perfectionnait et s'inspirait de plus en plus des considérations d'équité et des besoins du commerce international (3).

(1) Sans entrer dans la discussion de la controverse, bornons nous à dire que nous plaçons la loi Aebutia, à la fin du sixième siècle de l'ère romaine ou dans les premières années du septième. D'après une autre doctrine elle serait postérieure à l'an 605, antérieure à 627 ou 628. Voyez P. F. Girard, *Manuel...* (7), 1055, note 1, et *Mélanges de droit romain*, I, 1912, 65-174, notamment, 131, sq.

(2) Les *leges Juliae* dont il s'agit furent proposées par Auguste, cela ne semble guère douteux (Macrobe, *Sat.* I, 10, 4). Ces *leges judiciariae* constituèrent une œuvre de codification ; or, cela convient à merveille à l'époque d'Auguste. Comment, au contraire, expliquer le vote de deux lois, et non pas d'une seule? Les jurisconsultes classiques parlent de la *lex Julia judiciorum publicorum*, relative à l'organisation des instances criminelles devant les *quaestiones perpetuae*, et de la *lex Julia judiciorum privatorum* traitant de l'organisation des instances civiles (Ulpien, *Fragm. Vat.*, 197 et 198). Ces deux lois suivaient le même ordre. La *lex Julia judiciorum publicorum* fut votée en l'an 737 de l'ère rom. (17 *a. Chr.*). Les textes ne peuvent pas laisser de doute à cet égard. En raison de son étroite connexité avec la *lex Julia judiciorum publicorum*, la *lex Julia judiciorum privatorum* doit, selon toutes les vraisemblances, appartenir à la même année ; il convient de considérer ces deux lois comme le résultat du même effort législatif. On pouvait, a dit M.P. F. Girard, les considérer comme constituant une codification unique. C'est à cette codification unique, c'est à l'ensemble des deux *leges judiciariae* que Gaius fait allusion dans le § 30 du C. IV; pour expliquer ce § 30 il suffit que l'une des deux *leges judiciariae* s'occupât de l'abrogation des *legis actiones*. L'idée est, sans aucun doute, ingénieuse ; mais, à la rigueur, on peut concevoir que la *lex Julia judiciorum publicorum* ait abrogé accessoirement des *legis actiones*. En tout cas, il s'agit, croyons-nous, de la *lex Julia judiciorum publicorum* et de la *lex Julia judiciorum privatorum* qui occupent dans la jurisprudence classique une place significative. Voyez : P. F. Girard, *Les leges Juliae judiciorum publicorum et privatorum, Zeitsch. der Sav.-Stift. für R. G.Rom., Abth.*, XXXIV, 1913, p. 295 sq., et *Manuel* (7), 1055, 2.

(3) Au point de vue juridique, Cicéron s'inspirait des idées de Servius Sulpicius. Bornons-nous à renvoyer à : P. Krueger, *Histoire des sources du droit romain* (trad. Brissaud), 1894, 81, sq ; Eug. Vernay, *Servius et son Ecole*, Thèse Lyon, Paris, 1909, en particulier, 76, sq. Sur les progrès de la science du droit, du grand pontife Q. Mucius Scaevola à Labéon, voyez notamment : Emilio Costa, *Cicerone giureconsulto. Parte I : Il diritto privato* 33.

La *legis actio* s'accomplissait *in jure* (1) devant le magistrat, c'étaient les cérémonies consacrées accomplies par les plaideurs (2) et les paroles solennelles prononcées par eux *in jure* à leurs risques et périls, qui donnaient au juge ses instructions, *agere per legitima verba*. Si l'un des deux adversaires remplaçait un mot par un autre, prononçait une parole de trop ou une parole de moins, il perdait son procès. GAIUS au § 11 du C. IV et ULPIEN au § 318 des *Fr. Vat.*, l'affirment de la façon la plus nette.

Dès lors, chacun des plaideurs devait, en fait, être assisté d'un homme de l'art, pontife d'abord, jurisconsulte plus tard. Ce trait essentiel mérite d'être relevé. Tandis que du temps de CICÉRON, le même jurisconsulte dirigeait, dans certains cas, la procédure, à lui tout seul, nous le verrons, on n'aurait pas, avant la loi Aebutia conçu qu'il en pût jamais être ainsi, pas plus qu'on n'aurait songé à confier au même *orator* les intérêts des deux adversaires.

(1) GAIUS, IV, 11 : *Actiones quae in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.* ... POMPONIUS *lib. sing. enchiridii*, D. I, 2, *De origine juris*, 2, 6. *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent*..... *et appellatur haec pars juris legis actiones, id est legitimae actiones*..... Cf. CICÉRON, *De partitione oratoria*, XXVIII, 99, 100, texte fort important sur lequel nous reviendrons.

(2) A notre avis, les pérégrins ne pouvaient pas *lege agere*. Cette règle s'expliquait à merveille, puisque la *legis actio* apparaissait comme un ensemble de rites ayant son origine dans la loi et tendant à la faire respecter, et que, d'autre part, la loi romaine liait les seuls citoyens romains. Les textes nous semblent en outre formels. GAIUS, IV, 16 ; CIC. *Pro Caecina*, XXXIII, 96 *in f.*. Puisque le demandeur ne figurait pas au nombre des *Quirites*, il ne pouvait pas affirmer qu'il était propriétaire ou qu'il était libre *ex jure Quiritium*. J'ajoute que, d'après GAIUS, II, 65, l'*in jure cessio* ne pouvait intervenir qu'entre citoyens romains. Or, l'*in iure cessio* n'était autre chose qu'une *legis actio* fictive. Telle était donc la règle. Certains auteurs ont, à la vérité, voulu apporter à cette règle un certain nombre d'atténuations. Nous n'entrerons pas dans la controverse, nous bornant à dire qu'à notre avis les lois Calpurnia et Junia repetundarum apportèrent à la règle la seule dérogation qui soit connue.

La superstition du mot est naturelle aux esprits peu cultivés. Grâce au formalisme, la volonté des parties prenait, en outre, un caractère concret, un aspect matériel en quelque sorte, grâce auquel il était plus aisé de la reconnaître. Les pontifes romains et leurs successeurs, les « prudents », surent d'ailleurs donner aux formules judiciaires un développement remarquable et une fixité particulière, tout en suivant les progrès de la législation et des mœurs (1), sans éviter cependant les hésitations et les controverses (2).

On appelle procédure formulaire ou procédure par formules celle dans laquelle le magistrat, après avoir nommé le *judex unus*, l'*arbiter* ou les *recuperatores* leur donnait des instructions, au moyen de la formule d'action.

Le magistrat organisait l'instance avec le concours des parties, *judicium dabat :* mais il ne se bornait pas à nommer le juge et à lui donner l'ordre de rendre une sentence : il ajoutait à cet ordre des instructions que le juge devait suivre, *verba judicii ;* il organisait l'instance d'une certaine façon, *in haec verba judicium dare* (3).

Les *verba judicii* se composaient de mots pesés avec soin, de mots combinés, *concepta verba*; ils liaient le juge; c'était sur eux que roulait le débat, *litigare per concepta verba* (4).

---

(1) Voyez: F. de Visscher, *Les actions noxales et le système de la noxalité d'après ses origines historiques et la loi des XII Tables*, *Revue générale du droit*, 1917, 325 ; 1918, 12, 92, 197, 292, et tirage à part, Paris, 1919, 30, 34 ; Ch. Appleton, *compte-rendu* de l'ouvrage précédent, *Nouv. Rev. hist.*, XLIII, 1919, 113 ; notre étude sur *Les Morts malfaisants « larvae lemures » d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924, 252, note 3.

(2) Dans le *Pro Murena*, XII, 27, Cicéron exagère, du reste, l'importance de ces controverses : *Jam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum diem tertium an perendinum, judicem an arbitrum, rem an litem dici oporteret.*

(3) Cicéron, *Pro Tullio*, XVII, 41.

(4) Gaius, IV, 30..... *effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.* Des *concepta verba* de Gaius, il convient de rapprocher la *conceptio judicii* de Cicéron dont nous parlerons plus loin.

Les instructions données au juge étaient plus ou moins précises suivant les cas (1), enchaînaient la liberté du juge d'une façon plus ou moins étroite, mais elles l'enchaînaient toujours (2).

Il importait donc, au plus haut point, aux parties de savoir dans quels termes le magistrat organiserait l'instance, quels seraient les *verba judicii*, c'est ce que dit CICÉRON à propos des justiciables de Verres : ils demandaient quelles instructions il donnerait aux recupérateurs : *quaerebant quae in verba recuperatores daret* (3).

Les *verba judicii* pouvaient être contraires à l'équité, *verba iniquissima*, dit CICÉRON.

Ainsi, on appelait *verba judicii* les instructions données par le magistrat, au *judex unus*, à l'*arbiter* ou aux récupérateurs.

D'assez bonne heure, tout au moins, ces instructions furent constatées par écrit.

Nos sources emploient aussi, d'une façon assez fréquente, l'expression : *formula judicii*.

On appelait, d'une façon technique, *formula judicii* le modèle de formule qui figurait sur l'*album* (4). Sans entrer dans les détails, rappelons que le magistrat ne se bornait pas à déclarer,

---

(1) GAIUS, IV, 63.

(2) Voyez CICÉRON, *in Verr. act. sec.*, II, 12, 31 : *Si vero illud quoque accedit ut in ea verba judicium det, ut vel L. Octavius Balbus judex, homo et juris et officii peritissimus non possit aliter judicare...*; *Pro Quinctio*, XX, 63 : *judicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Nevius edebat, non recusasse* ; XX, 64 ; XXI, 66.

(3) *in Verr. act. sec.*, III, 28, 69. Cfr. : *Lex de Gallia Cisalpina* (705-712), XX : *in ea verba judicium det...*

(4) CICÉRON, *Pro Roscio com.*, VIII, 24 : *Expressae sunt enim... publicae a praetore formulae ad quas privata lis accomodatur* ; *in Verr., act. sec.*, III, 65, 152 : *ut ex edicto suo judicium daret in Apronium, quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus* (le successeur de Verres) *habuerat et habebat in provincia* ; *pro Tullio*, XII, 29... *cetera ex formula* ; *de finibus*, II, 1, 3. Comme nous le verrons, CICÉRON emploie aussi le mot *formula* à propos des formules orales composées par les jurisconsultes, formules de *legis actio* ou d'actes juridiques solennels ; mais ces formules orales ne doivent pas être confondues avec la *formula judicii*.

dans son *edictum perpetuum* que, dans tel cas, il organiserait une instance et nommerait un juge, *judicium dabo* : il faisait, en outre, connaître dans quels termes, au moyen de quels *verba judicii* il organiserait l'instance. L'*album* contenait des modèles de formules, se référant aux différents moyens de procédure, aux actions en particulier (1). C'était à ce modèle de formule figurant sur l'*album* que s'appliquaient d'une façon technique les mots : *formula judicii*. On agissait : *ex formula, per verba ad formulam concepta.*

A côté de ce premier sens de *formula judicii*, il y en eut un second, au moins à partir d'une certaine époque (2). Ces mots désignèrent également les *verba judicii*, la formule d'action, délivrée dans une hypothèse déterminée (3).

La formule d'action dans ce second sens, constituait le titre concret qui servait de base au débat devant le juge : on pouvait la rapprocher, à certains égards, de l'acte instrumentaire qui constatait un contrat.

En principe, d'ailleurs, la formule délivrée dans une hypothèse déterminée était rédigée d'après le modèle de l'*edictum perpetuum, per verba ad formulam concepta* (4).

Quelles ont été, dans la *jurisdictio* du préteur urbain, les situations respectives de la *legis actio* et de la formule, pendant la période comprise entre la loi Aebutia et les lois Julia, en particulier à l'époque de Cicéron?

---

(1) Cicéron, *Pro Roscio com.*, VIII, 24, *in fine*.

(2) A l'époque de Cicéron, *formula judicii* désigne, semble-t-il, d'une façon normale, le modèle de formule de l'*edictum perpetuum*. Quand l'orateur veut désigner le titre concret, programme d'un procès déterminé, il dit : *verba judicii* ou *judicium*, *in Verr.*, *act. sec.* III, 22, 55 : *dat iste judicium si pareret*... Cependant on peut citer comme visant le titre concret : *Pro Roscio com.*, V, 14... *satis [illegible]*. Voyez également : *De legibus*, IV, 14, *an ut stipulationum et judiciorum formulas componam*?

(3) Gaius, IV, 30, IV, 57 : *sed eras cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio.*

(4) Signalons enfin l'expression : *jussum judicandi. Lex de Gallia Cisalpina*, XXIII :... *ita jus deicito decernito judicia dato judicare jubeto.* Renvoyons au livre récent de M. Wlassak, livre que nous avons déjà cité.

Tel est le problème que nous nous proposons d'étudier. Nous n'examinons pas, au contraire, la question controversée des origines de la formule.

Bornons-nous à dire que, d'après la conjecture à laquelle nous nous rallions, la formule aurait été imaginée par le préteur pérégrin pour les procès entre pérégrins ou entre pérégrins et citoyens. La *legis actio* étant ici, selon nous, hors de cause, il fallait bien que le magistrat donnât des instructions aux récupérateurs. En d'autres termes, l'institution nouvelle se forma dans le domaine de la *jurisdictio peregrina*, attendu que, dans ce domaine, sa formation ne rencontrait pas d'obstacle légal.

Au contraire, d'après une autre doctrine qui semble gagner du terrain, la procédure formulaire tirerait son origine de la procédure provinciale (1).

Avant la loi Aebutia, croyons-nous, le préteur urbain n'avait pas le droit de donner des instructions directes au juge. Dans le domaine de la *jurisdictio urbana*, les formules d'action n'existaient pas avant la loi Aebutia (2).

J'ajoute que, dans l'état actuel de nos documents, la *denegatio legis actionis* ne paraît pas avoir été sérieusement utilisée, comme instrument de réforme du droit privé avant la loi Aebutia; bien que revêtu de l'imperium, le magistrat hésitait à engager sa responsabilité. Dans l'exemple cité par Tite Live (3), cette responsabilité était à couvert, parce que le magistrat

---

(1) Sur la procédure égyptienne d'après les *papyri* et le *dicam scribere* de la procédure sicilienne, bornons nous à renvoyer à : A. J. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, Thèse Bordeaux, 1922, 22 sq.

(2 Gaius, IV, 11 : *...quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt nondum in usu habebantur...* Bien que la question soit controversée, le texte nous paraît formel, si on le rapproche du § 11 du même C. IV. A la vérité, les plus anciens interdits semblent remonter à une époque antérieure à la loi Aebutia ; mais il convient de n'oublier, ni le caractère archaïque de la procédure de l'interdit, ni le fait que le magistrat donnait seulement au juge des instructions indirectes.

(3) XLI, 9, *in f.*, 10-11, d'après certaines éditions

agissait sur l'ordre du Sénat, ordre inspiré du reste par des considérations politiques.

Ayant ainsi délimité le sujet, commençons par un examen critique des textes.

§ 3. — Aulu-Gelle et Gaius.

Deux textes fondamentaux dominent le sujet, le § 30 du C. IV des *Institutiones* de Gaius et les *Nuits Attiques* d'Aulu-Gelle, XVI, 10, 8.

Examinons d'abord le premier :

Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt . . . . . ; *itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus* (1).

« Mais peu à peu toutes ces actions de la loi devinrent odieuses . . . . . ; en conséquence ces actions de la loi ont été supprimées par la loi Aebutia et les deux lois Julia, et il en est résulté que nos procès sont engagés au moyen de paroles combinées, c'est-à-dire au moyen de formules ».

Notons-le d'abord, la façon même dont s'exprime Gaius : *litigaremus*, prouve que la réforme visait la *jurisdictio* du préteur urbain et elle seule, les procès entre citoyens romains à l'exclusion de tous autres ; nous, cela signifie, sans aucun doute, nous, les citoyens romains (2).

---

(1) Rapprochez de ce texte : Gaius, I, 184 :... *sed. post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse ; aliis autem placet adhuc in usu esse si legitimo judicio agatur.* En raison de la controverse qui subsistait encore dans la seconde moitié du second siècle de l'ère chrétienne, il semble que les mots *post sublatas legis actiones* visent les deux lois Julia. Voyez enfin Gaius, IV, 11. Cf. Ulpien, *Regulae*, XI, 24 : *Moribus tutor datur mulieri pupillove, qui cum tutore suo lege aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat.....*

(2) Cf. Gaius I, 8; I, 55; II, 97; II, 86; II, 108; IV, 37.

J'ajoute que le résultat obtenu l'avait été, non pas en vertu de la loi Aebutia, et d'elle seule, mais par l'effet combiné de cette dernière et des deux lois Julia beaucoup plus récentes qu'elle. Ce résultat consistait dans la disparition de la *legis actio*, sauf dans des cas exceptionnels. L'instance se liait désormais au moyen des mots, combinés avec le concours des parties par le préteur, *per concepta verba id est per formulas*. Pour qu'il y eût *litis contestatio* et organisation du *judicium*, il fallait du reste acceptation de la formule par les deux plaideurs.

Arrivons maintenant au passage d'Aulu-Gelle : *sed enim cum... omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, con sopita est....*

« Mais attendu en effet que... et que toute cette vieillerie des Douze Tables est tombée en désuétude, la loi Aebutia une fois votée, sauf pour les actions de la loi des causes centumvirales.... »

Il serait arbitraire d'écarter le témoignage d'Aulu-Gelle, sous prétexte que ce compilateur de la seconde moitié du second siècle de l'ère chrétienne n'était pas lui-même jurisconsulte, car la précision de la langue ne peut laisser aucun doute : le compilateur écrit en ayant sous les yeux le livre d'un jurisconsulte : il nous semble probable, que, dans ce chapitre XVI comme dans plusieurs autres, il s'agit du commentaire de Labéon sur la loi des Douze Tables (1). Selon d'autres, cependant, il conviendrait de songer, de préférence, à Masurius Sabinus (2).

---

(1) Aulu Gelle mentionne plusieurs fois l'ouvrage de Labéon sur les XII Tables, *Ad XII Tabulas commentarii* ou *libri* (en deux livres au moins), XX, 1, 13 ; I, 12, 18 ; VI, 15, 1. Cf. Alfred Pernice, *Labeo*, I, 51 sq. Relativement aux sources d'Aulu-Gelle renvoyons à la bibliographie que l'on trouvera dans notre livre sur *Les morts malfaisants*, déjà cité 263, 2.

(2) Voyez : P. Huvelin, *Etudes sur le furtum dans le très ancien Droit romain*, Lyon et Paris, I, 1915, 41-42 : « Hosius (le dernier éditeur d'Aulu Gelle) songe, soit à Labéon, soit à Mas. Sabinus. Mais avec Bremer (*Die*

Si maintenant nous comparons entre eux les deux fragments que nous venons de traduire, nous constaterons que GAIUS ne parle pas isolément de la loi Aebutia ; il nous fait connaître l'œuvre accomplie collectivement par la loi Aebutia et les deux lois Julia, sans distinguer entre la première loi et les deux autres.

Au contraire, AULU-GELLE vise exclusivement la loi Aebutia : il passe sous silence les deux lois Julia, ce qui ne paraîtra pas étonnant, si on n'oublie pas que son interlocuteur s'occupe de la disparition de la procédure des Douze Tables.

La loi Aebutia fut, en effet, la première en date, et de beaucoup ; elle seule rendit possible l'évolution ultérieure de la procédure ; son importance ne saurait être mise en doute (1).

Notons-le également, AULU-GELLE ne parle pas de l'abrogation directe de la loi des Douze Tables par la loi Aebutia ; il dit qu'elle est tombée en désuétude : *omnis illa antiquitas... consopita est*, au propre... s'est *endormie* (2).

Doit-on dire que GAIUS contredit AULU-GELLE? En aucune façon, selon nous. Quand le jurisconsulte emploie l'expression : *Sublatae sunt istae legis actiones*, il vise les trois lois collecti-

---

Rechtslehrer und Rechtsschulen, Berlin, 1868), il penche plutôt pour ce dernier. Non sans vraisemblance : le chapitre tout entier rappelle la manière de Sabinus, la prédilection qu'il marque pour les arguments d'autorité et pour les citations littéraires ». Voyez également le même ouvrage, 657, note 3, et 646 sq., relativement au *De partis* et aux *Tres libri juris civilis* de Masurius Sabinus.

(1) Voyez dans le même sens : C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Serie secunda. Il processo civile*, Torino, I, 1913, 206, 1.

(2) Cf. HUVELIN, *Furtum*, 657, 2 ; Ce témoignage (celui d'AULU-GELLE) prouve que la loi Aebutia a dû hâter le déclin du cérémonial archaïque par la *lanx* et le *licium*, mais aussi qu'elle ne l'a pas aboli tout d'un coup. Elle a fourni au préteur le moyen de rajeunir des institutions surannées; celles-ci n'ont pas disparu brusquement, elles se sont progressivement évanouies (*evanuerint*), assoupies (*consopita est*). » Comme nous le verrons, cette observation a, pour nous, une importance capitale.

vement (1). Il convient du reste de ne pas perdre de vue les mots : *effectumque est ut per concepta verba id est per formulas litigaremus*. Même si la loi Aebutia n'abrogea directement aucune *legis actio*, elle joua le rôle le plus important dans la création de la procédure formulaire.

A la vérité, les deux auteurs sont à peu près contemporains ; mais leurs buts diffèrent ; aussi comprend-t-on qu'ils ne s'expriment pas de la même façon (2).

§ 4. — Les textes relatifs a la legis actio.

Comme M. E. J. Bekker l'a démontré en 1866, les sources attestent, de la façon la plus nette, la coexistence pendant notre période de la procédure ancienne, celle des *legis actiones*, correspondant au *jus civile* et de la procédure nouvelle, correspondant à la pratique judiciaire, le *jus praetorium*, la procédure formulaire.

Avant d'étudier séparément chacun des *quinque modi lege agendi*, occupons-nous de la *legis actio* en général.

Cicéron ne connaît qu'une seule procédure réglementée par la loi, la *legis actio* (3). Quand il parle de procès c'est à elle qu'il songe. *Quis umquam isto praetore Chelidone invita lege agere potuit?* Qui, pendant la préture de cet homme (Verres) a pu engager un procès malgré l'opposition de Chelidon (la femme dont se servait, pendant sa préture urbaine, le futur gouverneur de la Sicile, en vue de réaliser ses concussions)? Comme on le voit, Cicéron emploie les mots *lege agere* dans

(1) En sens inverse, citons M. Ed. Cuq, *Manuel...*, 851, 4, selon lequel il est difficile de concilier le texte de Gaius avec l'opinion d'après laquelle la loi Aebutia n'aurait supprimé aucune *legis actio*. Nous aurons du reste l'occasion de revenir sur cette doctrine. Cf. du même auteur, *Les institutions juridiques des Romains*, I², 1904, 286, 1.

(2) Cf. sur les sources des *Institutiones* de Gaius : P. Huvelin, *Furtum*, 736 sq.

(3) *In Verrem, actio sec.*, II, 16, 39.

un sens général (1). Quand il oppose la lutte judiciaire à la lutte à main armée, ce sont des exemples empruntés à la *legis actio* qui lui viennent à la pensée (2).

D'après M. Wlassak (3), à la vérité, le mot *judicium* se référerait à l'ensemble de la procédure avec formule écrite, à la procédure qui se déroulait devant le magistrat comme aux débats devant le juge.

Le *judicium* aurait alors un domaine aussi étendu que la *lis* et que l'*actio* : il correspondrait au procès tout entier.

On se fonde sur le § 180 du C. III de Gaius :

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum.

Il n'est pas étonnant du reste, ajoute-t-on, que le nom nouveau de *judicium* ait été imaginé pour caractériser la procédure nouvelle avec formules écrites.

Nous repoussons cette doctrine.

On appelait *judicium*, sous la procédure formulaire, l'instance organisée par le magistrat, avec le concours des parties, devant un *judex unus* ou un jury de *recuperatores*.

Le *judicium* commençait à la *litis contestatio* et finissait d'une façon normale à la sentence du juge.

Que ce fût là le sens technique du mot *judicium*, de nombreux textes le prouvent, *res in judicium deducta*, *post acceptum judicium*, *pendente vel manente adhuc judicio*, *dare judicium*,

(1) En ce sens : E. J. Bekker, *Der Legisactionsprocess mit Formeln...*, 342.

(2) Cf. *De oratore*, I, 10, 42 : *Agerent enim tecum lege primum Pythagorei omnes atque Democritici ceteriqui sui in jure physici vindicarent, ornati homines in dicendo et graves, quibuscum tibi justo sacramento contendere non liceret* ; *De oratore*, I, 36, 167 : *quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII Tabulis permittebat* ; *De partitione oratoria*, XXVIII, 99 ; *sitne actio illi qui agit, aut jam ne sit aut num jam esse desierit aut illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur.* Voyez ce que nous disons plus loin à propos de la *legis actio sacramenti in rem*. J'ajoute que pour Cicéron, l'idée de droit civil, *jus civile* et celle de *legis actio* s'appellent l'une l'autre, *De oratore*, I, 36, 167, passage que nous venons de citer.

(3) *Römische Processgesetze*, Leipzig, II, 1891, 26 sq.

reddere judicium, *judicium privatum* dans le sens étroit du mot, *judicium recuperatorium* (1).

Il y avait *judicium*, dès que le magistrat avait organisé l'instance avec le concours des parties, dès qu'il y avait eu *litis contestatio* : *lites contestatae legitimo judicio*, dit GAIUS, III, 83 *in f.*

Quelle que soit l'interprétation donnée au § 180 du C. III de GAIUS, ce texte postérieur aux *leges Juliae* ne saurait suffire pour justifier la doctrine dont il s'agit.

Ainsi, on appelait *judicium* l'instance organisée par le magistrat, avec le concours des parties, devant un *judex unus* ou un jury de récupérateurs.

C'était là le sens technique du mot *judicium*.

Quand l'action était une action prétorienne, le préteur promettait par une clause spéciale de son *edictum perpetuum*, par un édit au sens propre du mot, d'organiser une instance et de nommer un juge, *judicium dabo*.

On a remarqué qu'il ne disait pas : *actionem dabo*, et on en a tiré des conséquences importantes (2).

La langue de l'*Edictum perpetuum* de SALVIUS JULIANUS ne prouve rien, à notre avis, car il visait la pratique judiciaire. Le préteur se bornait, avec raison, à promettre d'or-

---

(1) Cf. *decemvirale judicium*, *centumvirale judicium*, termes employés pour le cas où l'affaire devait être jugée par les *decemviri litibus judicandis* ou par les centumvirs.

(2) D'après la doctrine de M. WLASSAK, *Processgesetze*, I, 72-85, doctrine qui a rallié de nombreux adhérents (Voyez notamment : P. F. GIRARD, *Manuel*[7]..., 1077, 4) le mot *actio* n'aurait passé dans la langue de la procédure formulaire qu'après les *leges Juliae* : jusque là on désignait par le terme *judicium* et non par celui d'*actio* l'action avec formule délivrée par le magistrat. On se fonde sur l'argument cité au texte et sur un fragment de Julien, Salvius Julianus, 9 *digest.* D. IX, 4, *De noxalibus actionibus*, 39... *subsequi debet praetor juris civilis actionem et judicium honorarium*... Il ne nous semble pas que, comme le dit M. WLASSAK, 79-80, CICÉRON cherche à éviter le plus possible l'expression *actio* pour l'action avec formule écrite. Nous nous rangeons à cet égard à l'opinion de M. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, III, 11, 5. Notons enfin que GAIUS, IV, 11 dit:... *quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt*..., appliquant, sans hésiter, le terme *actio* à l'action prétorienne.

ganiser une instance judiciaire dans un cas déterminé ; il n'avait pas autre chose à faire que de se lier d'avance dans l'intérêt de la bonne administration de la justice et dans son propre intérêt, sainement entendu.

Tel était donc le sens technique du mot *judicium*.

On en arriva cependant à appeler *judicium*, le modèle de formule d'action rédigé par le préteur (1).

A notre avis, on a fini également, nous l'avons déjà dit, par employer le mot *judicium* comme synonyme de *verba judicii*, c'est-à-dire de formule dans le sens concret du mot, d'instructions données par le magistrat dans un procès déterminé (2).

Mais c'était là, non pas le sens technique, mais un sens détourné.

Quelquefois aussi, mais fort rarement, selon nous, *judicium* doit être traduit par jugement, à l'époque classique (3).

Comme on le voit, le domaine du *judicium* nous paraît moins étendu que celui de la *lis*, mot qui s'applique à la fois au procès envisagé dans son ensemble et à son objet ; le *judicium* commence seulement lorsque la *lis* est *contestata* (4).

---

(1) Paul, II *ad ed.* D. IV, 3. *De dolo malo*, 25 :... *ac in te doli judicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari...*

(2) Ulpien, 23 *ad ed.* D. IX, 3, *De his qui effuderint vel dejecerint*, 1, *pr.* : *...in judicio adiciam : aut noxae dedere.* Cicéron, *in Verr. Act. sec.*, III, 22, 55 : *Dat iste judicium si pareret...*, passage déjà cité.

(3) Renvoyons pour les controverses auxquelles a donné lieu le sens du mot *judicium* à Mor. Wlassak, *Processgesetze*, I, 72 sq. ; B. Kuebler, *Ueber die Bedeutung von judicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit, Zeitschrift der Sav.-Stift, für R. G.*, R. A., XVI 1895, 137 sq. ; P. Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae...* 350 ; E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, III, 11, 6.

(4) Si le mot *lis* vise, en principe, le procès tout entier on l'oppose quelquefois à *judicium... tum bona tua repetere ac persequi lite atque judicio*, dit Cicéron, *in Verr. Act. sec.*, III, 13, 32. Peut-être, ici, la *lis* désigne-t-elle la *legis actio*, peut-être la procédure *in jure* jusqu'à l'organisation de l'instance ; la première hypothèse nous paraît du reste la plus vraisemblable ; mais ce qui nous semble certain c'est que dans la pensée de Cicéron, le *judicium* complète la *lis*, entendue dans un sens étroit. Pour M. Ed. Cuq, au contraire, « il est vraisemblable que le mot *lis* désigne ici les procès soumis aux actions de la loi, *judicium*, ceux qui donnaient lieu à la délivrance d'une formule ». Voyez : Daremberg et Saglio, *v°* *Lis*, 1114, 1265.

Ce que nous venons de dire de la *lis* nous pouvons le répéter de l'*actio*. L'action qui était temporaire devient perpétuelle à partir de l'organisation du *judicium*.

Omnes actiones quae morte aut tempore pereunt semel inclusae judicio permanent (1).

Lorsqu'il n'y avait pas *conceptio judicii*, lorsque le magistrat ne nommait pas un *judex unus*, ou des *recuperatores* et ne leur donnait pas d'instructions avec le concours des parties, la procédure traditionnelle, la *legis actio* continuait à s'appliquer purement et simplement. Il en était ainsi dans l'hypothèse de la *jurisdictio voluntaria*, de la juridiction gracieuse, lorsqu'il y avait un procès simulé, et non pas un procès véritable. Le besoin d'une réforme ne se faisait pas alors sentir. Au contraire, les règles traditionnelles de la *legis actio* concordaient à merveille avec le but que les parties se proposaient d'atteindre au moyen de l'*in jure cessio*.

Il en était ainsi également, pendant notre période, lorsque le magistrat renvoyait l'affaire devant les *decemviri litibus judicandis* ou devant les *centumviri*, c'est-à-dire devant un jury permanent et non devant un juré ou des jurés, compétents seulement pour le procès dont il s'agissait. Les *decemviri litibus judicandis*, *magistratus minores*, statuaient, en qualité de jurés, pour les procès de liberté (2), les *centumviri* jugeaient les pétitions d'hérédité. Sur ce dernier point, il y a des controverses dans lesquelles nous n'entrons pas : bornons-nous à dire que, selon nous, les procès engagés à Rome à propos de la succession d'un citoyen romain étaient, après la *legis actio*, renvoyés devant les centumvirs, que seuls ils l'étaient et qu'ils l'étaient toujours (3). Les questions relatives à la liberté et aux

(1) Gaius, *libro ad ed. praet. urb.*, D. L, 17, *De div. reg. jur.antiqui*, 139, *pr.*

(2) P. F. Girard, *Manuel*[7]..., 108, 4 ; 1035, 5 ; 1057, 1.

(3) Cicéron, *Oratio ad populum habita prior*, XVII, 43 : *Primum num populi Romani hereditatem Xviri judicent, cum eos coluerilis de privatis hereditatibus centumviros judicare.* Renvoyons à notre *Explication du n°* 173 *du Livre I du « De Oratore » de Cicéron, Nouv. Rev. hist. du droit*, 1904, 1905, tirage à part, 24 sq. Dans le même sens, E. Costa, *Cicerone giureconsulto. Parte III*, 33, 5.

successions présentaient une grande importance, au point de vue de l'intérêt public et de l'intérêt religieux (transmission des *sacra privata*) ; cette importance ne permettait pas au peuple de s'en rapporter au magistrat chargé de la *jurisdictio inter privatos*.

Même après la loi Aebutia, le domaine de la *legis actio* put s'étendre (1). Une loi Calpurnia de *repetundis pecuniis* permit aux provinciaux pillés par un gouverneur concussionnaire (2) d'entamer contre lui, à Rome, la *legis actio per sacramentum* en vue d'obtenir la restitution des sommes d'argent qu'il leur avait extorquées.

Une loi Junia, quelque peu postérieure, donna la même solution.

L'épigraphie nous a conservé des fragments d'une des très nombreuses *leges repetundarum* de la République. Il semble établi aujourd'hui que cette loi est un plébiscite voté, sur la proposition du tribun Manius Acilius Glabrio, en l'an 631 ou en l'an 632 *ab. U.*, pendant l'un des deux tribunats de Caius Gracchus. Antérieure elle-même à la loi Servilia *repetundarum* la loi Acilia suivit les deux lois qu'elle cite, la loi Calpurnia et la loi Junia (3).

---

(1) La loi Aquilia était-elle ou non postérieure à la loi Aebutia? Elle existait déjà, à l'époque où écrivait le jurisconsulte Junius Brutus (Ulpien, 18 *ad ed.* D. IX, 2, *Ad Legem Aquiliam*, 27, 22). Elle peut, dit M. H. H. Pflüger, *Causa judicati, Zeits. der Sav.-Stift. für R. G., Rom. Abth.* XLIII, 1922, 164, appartenir au sixième siècle de l'ère romaine ou même au début du septième siècle. On peut soutenir, ajoute-t-il, que l'*actio legis Aquiliae* (Gaius, IV, 109) bien que *ex lege*, n'a jamais été exercée par *legis actio*. En tout cas, d'après lui, selon toutes les apparences, l'*actio legis Aquiliae* n'est pas une *legis actio* dans Cicéron. *Lite contestata, judicio damni injuria constituto*, c'est la langue de la procédure formulaire. Nous répondons que la question est précisément de savoir si à la *legis actio* la formule écrite n'est pas venue plus tard s'ajouter.

(2) Les *leges repetundarum* visaient, en réalité, les extorsions, les concussions, mais, en vue de faciliter la répression, elles présumaient extorquée, toute donation entre-vifs, acceptée par un magistrat du peuple romain, Défense fut faite à ces derniers de recevoir des donations entre-vifs des provinciaux, *pecunias capere*. Voyez F. Mommsen (traduction Duquesne), *Droit pénal*, III, 5 ; P. F. Girard, *Mélanges de droit romain*, I, 102-107.

(3) *l.* 23 et *l.* 74, P. F. Girard, *Textes*[5]..., 37 et 44.

La loi Calpurnia *repetundarum* est bien connue. Cicéron (1) nous apprend que ce fut elle qui créa la première *quaestio perpetua*, la première commission permanente de jurés, présidée par un préteur, le premier grand jury criminel. Proposée par le tribun de la plèbe, L. Calpurnius Piso, elle remonte au consulat de Censorinus et de Manilius, à l'an 605 *ab. U.*

Plus tard, on suivit, en matière de *repetundae pecuniae*, une procédure spéciale, la procédure criminelle ; mais les premières *leges repetundarum*, la loi Calpurnia et la loi Junia se bornèrent à ouvrir aux pérégrins l'accès de la procédure privée de droit commun, la *legis actio per sacramentum*. Elles le firent dans un intérêt de bonne politique, afin d'éviter le pillage des provinces et la haine contre Rome.

Il importait, du reste, en vue de donner aux provinciaux des garanties d'impartialité, de ne pas renvoyer l'affaire à un *judex unus*, car, en l'an 605, avant la *lex Sempronia* de Caius Gracchus (632 *ab. U.*) le nom du *judex unus* était pris sur la liste du Sénat, quand les parties ne se mettaient pas d'accord ; le demandeur proposait un nom de sénateur que le défendeur pouvait écarter en jurant qu'il ne le considérait pas comme impartial à son égard, *sibi iniquum ejurare*. L'auteur de la loi Calpurnia craignit que le *judex unus* appartenant au Sénat ne se considérât comme solidaire du magistrat accusé de concussion ; de là vint la création d'un grand jury.

M. P. F. Girard conclut des dispositions de la loi Calpurnia de *repetundis pecuniis* qu'en l'an 605 *ab U.*, la *legis actio* constituait la seule procédure en usage, et que, par suite, la loi Aebutia n'avait pas encore été votée.

L'argument ne porte pas, à notre avis. Bien que les nouveaux pouvoirs conférés au préteur urbain eussent, dans la pratique, diminué, de plus en plus son importance, la *legis actio* demeura la procédure normale jusqu'au vote des *leges Juliae*.

---

(1) *Brutus*, 27.

Seulement, puisque, pour des considérations de haute politique et d'équité, on voulait protéger les provinciaux contre les exactions de leurs gouverneurs, ce n'était pas le cas de s'en remettre à l'*imperium* des magistrats du peuple romain (1).

Ce sont également des considérations politiques et sociales qui permettent, à notre avis, de regarder comme vraisemblable (2) que la loi Furia *de sponsu* (3) et la loi Vallia (4) remontent ou au moins peuvent remonter, à une époque postérieure à la loi Aebutia. Si le peuple ne s'intéressait pas à la pratique judiciaire d'une façon générale, et laissa, à cet égard, une grande liberté au préteur urbain, il n'en était pas de même, lorsque la question était une de celles sur lesquelles les partis étaient en lutte (5).

---

(1) Les lois Calpurnia et Junia *de repetundis pecuniis* auraient ainsi apporté une dérogation à la règle, d'après laquelle les pérégrins ne pouvaient pas *lege agere*. Un citoyen romain, un hôte, *hospes*, du pérégrin pouvait, du reste, prendre fait et cause pour lui, et intenter, en son propre nom, la *legis actio* (Cicéron, *in Q. Caecilium divinatio*, XX, 66-67).

(2) En ce sens : Ch. Appleton, *Les lois romaines sur le cautionnement, Zeitschrift der Sav.-Stift. für R. G.*, XXXIX, 1905, *R. A.*, 1 sq., notamment 36 sq.; *Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu* (*Mélanges Gérardin*, 1907, 1, sq. ; 17 sq.).

(3) Gaius, III, 121, 122 ; IV, 22. « Quant à l'époque où furent votées les lois Appuleia et Furia *de sponsu*, dit M. Appleton, des raisons sérieuses et multiples, tirées non seulement de leur nom, mais de leur connexité, de leurs tendances, des faveurs excessives, injustes, que la dernière accorde aux cautions *italiques*, en un mot de son double caractère démagogique et italophile, leur assignent pour date, avec une grande probabilité, le milieu du VII^me^ siècle de Rome. Les objections contre cette date manquent, à nos yeux, de fondement ». Sur ce dernier point, nous sommes tout à fait de l'avis de M. Appleton, et nous serions disposé à adopter sa doctrine au fond. D'après lui, l'auteur de la loi Appuleia serait L. Appuleius Saturninus, tribun de la plèbe en 651 et en 654, démagogue fameux, allié secret de Marius.

(4) Gaius, IV, 25. M. J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit. L'évolution de l'humanité*, t. XIX, Paris, 1924, 76, place la loi Vallia au sixième ou au septième siècle de l'ère romaine.

(5) « On ne concevrait pas, dit en sens inverse M. P. F. Girard, que la loi Vallia eut été rendue non pas à l'époque des actions de la loi où la réforme qu'elle opérait ne pouvait être accomplie que par le législateur, mais à l'époque de la procédure formulaire où les réformes de son espèce

Un mot enfin sur le rôle des jurisconsultes, à l'époque de CICÉRON.

L'orateur a très souvent parlé des jurisconsultes parmi lesquels il comptait beaucoup d'amis.

Sans revenir sur les progrès de la science du droit à la fin de la République, il convient de noter, qu'après la loi Aebutia le rôle des jurisconsultes dans la pratique judiciaire ne changea pas de nature, si son importance diminua, par suite des progrès constants du droit prétorien et de la procédure formulaire.

Sin autem quaereretur quisnam jurisconsultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis ejus, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelium, M. Manilium P. Mucium nominarem (1).

Si, pour la consultation, *respondere* et la rédaction des actes juridiques solennels, *cavere*, nous n'avons rien à ajouter, il importe, au contraire, de signaler l'intervention du jurisconsulte dans la composition des formules orales de la *legis actio*, *agere*. Les noms de SEXTUS AELIUS et de M' MANILIUS sont tout à fait significatifs.

Quand, à la fin de sa carrière, CICÉRON écrivait le De *Oratore*, le jurisconsulte n'était pas seulement pour lui : *praeco actionum*, mais il avait ce caractère (2).

Dans le bel éloge de SERVIUS SULPICIUS qui figure aux *Philip-*

---

pouvaient être plus simplement et plus efficacement réalisées par la seule action du Préteur » (P. F. GIRARD, *Une exception à la division de la loi Furia de sponsu*, *Mélanges Fadda*, tirage à part, 5, 1 ; *Manuel*[7]..., 1043, 3). En dehors de ce que nous disons au texte, on peut répondre que le § 25 du C. IV, de GAIUS emploie l'expression : *quamdiu legis actiones in usu erant*, et que cela semble viser la période antérieure aux *leges Juliae* et non la période antérieure à la loi Aebutia. Il convient enfin de ne pas oublier que si le septième siècle de Rome vit le développement du droit prétorien et de la procédure formulaire, ce fut aussi le siècle des Gracques, de Marius et de Catilina.

(1) *De oratore*, I, 48, 212.

(2) *De oratore*, I, 55, 236, passage reproduit plus haut.

piques (1), son ami constate qu'il voulait toujours concilier les parties, sans se préoccuper du rôle qu'il aurait joué dans l'*actio*.

Arrivons maintenant au *Pro Murena*.

Ce très éloquent discours (2) prononcé par CICÉRON, pendant son consulat, en l'an 691 *ab. U.*-63 *a. Chr.* mérite toute notre attention ; car, pour des considérations de salut public, il s'agissait de faire acquitter Lucius Licinius Murena, et, en vue d'atteindre ce but, de se moquer de son accusateur, le grand jurisconsulte SERVIUS SULPICIUS RUFUS dont nous venons de parler.

Pour l'année 692-62 *a. Chr.* quatre candidats s'étaient présentés au consulat, Catilina, L. Murena, l'un des généraux de Lucullus dans la guerre contre Mithridate, Decimus Junius Silanus et enfin Servius Sulpicius Rufus (3). Tandis que les autres candidats répandaient l'argent à pleines mains, et, en particulier, Murena qui en avait rapporté beaucoup d'Asie, Servius Sulpicius se garda de les imiter, et se conforma scrupuleusement à une loi nouvelle qu'il avait lui-même étudiée sur la demande de CICÉRON, et que le consul avait fait voter, la loi Tullia (4), puis, écœuré et indigné, il retira sa candidature un peu avant le vote. Catilina échoua cependant : le peuple élut Silanus et Murena ; mais Servius Sulpicius forma contre ce dernier, avec l'appui de Caton, une accusation

---

(1) IX, 5, 11 : *Ita ea quae proficiscebantur ab legibus et ab jure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat, neque instituere litium actiones malebat quam controversias tollere.* Je signale les mots : *instituere litium actiones*. D'autres textes pourraient être cités. On trouvera également un éloge des jurisconsultes dans le *Pro Caecina*, XXV, 70. Cf. *De oratore* I, 41, 185, 45, 198.

(2) Sur la *Pro Murena*, voyez : CICÉRON, *De finibus bonorum et malorum*, IV, 27, 74.

(3) Cf. G. FERRERO, *Grandeur et décadence de Rome* (trad. URBAIN MENGIN), Paris, 1906, 313 sq. ; M. SCHANZ, *Geschichte der röm. Litteratur*[2], München, 1898, 246, sq. ; EUG. VERNAY, *Servius et son Ecole*, 20, sq.

(4) CICÉRON, *Pro Murena* II, 3 ; III, 5 ; XXIII, 47 ; XXXII, 67 ; MOMMSEN (trad. J. DUQUESNE), *Droit pénal*, III, 199.

criminelle de corruption, de brigue, *ambitus* (1). La condamnation de Murena entraînait l'annulation de son élection, et l'ouverture d'une nouvelle lutte contre Catilina.

Comme le dit QUINTILIEN (2), CICÉRON estima que, dans les circonstances où l'on se trouvait, rien n'était plus utile que de donner deux consuls à la République, la veille des kalendes de janvier, il prit la défense de Murena et le fit acquitter.

Dans son ensemble, le ton du discours est grave et ému ; la péroraison est d'une haute éloquence (3).

Néanmoins, ce qui a surtout frappé, ce sont les plaisanteries sur les jurisconsultes, plaisanteries que CICÉRON jugea sans doute indispensables pour enlever le vote des jurés de la *quaestio ambitus*.

Ces plaisanteries sont bien connues (4).

Bornons-nous à dire que CICÉRON atteste la participation du jurisconsulte à la *legis actio* (5), mais que, au moins en matière de *rei vindicatio*, il nous le montre assistant à la

---

(1) Cf. F. MOMMSEN, *Droit pénal*, III, 194 sq.

(2) *Institutiones oratoriae*, VI, 1, 34.

(3) M. JULES HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, 119 sq., après avoir constaté que « l'élément comique et l'élément de gravité consulaire figurèrent également dans le débat », explique la coexistence de ces deux éléments par ce fait que CICÉRON aurait prononcé deux plaidoiries réelles, à des jours différents et dans des circonstances diverses, plaidoiries qu'il aurait fondues dans l'œuvre écrite. L'argumentation de M. HUMBERT nous semble avoir une très grande force. On peut du reste rapprocher des plaisanteries contre les jurisconsultes celles qui sont relatives aux stoïciens et visent Caton.

(4) Voyez : *Pro Murena*, XI, 25 ; XII, 26 sq.

(5) *Pro Murena*, XI, 25 ; *Itaque irati illi* (*jurisconsulti*), *quod sunt veriti ne dierum ratione pervulgata et cognita sine sua opera lege posset agi, verba quaedam composuerunt, ut omnibus in rebus interessent* ; *Pro Murena*, XIII, 29 ; *Quapropter non solum illa gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteponenda est...* ; *Brutus*, LXXIX, 275 ; *in juris consultorum includitur formulis*. CICÉRON appelle au reste ironiquement incantation magique, *carmen*, la formule solennelle composée pour le magistrat par les jurisconsultes : *Praetor interea ne pulcrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, quum caeteris rebus absurdum tum vero in illo...*

fois les deux adversaires, ce qui est assurément le signe de la décadence de la vieille procédure (1).

Après avoir ainsi parlé de la *legis actio* en général, occupons-nous des *quinque modi lege agendi*.

La *legis actio per manus injectionem* se maintint jusqu'aux *leges Juliae* (2), car le ch. LXI de la *lex Coloniae Genetivae Juliae* ou *lex Ursonensis* (3) montre la vieille procédure de la *manus injectio judicati* en vigueur en l'an 710 *ab U.* — 44 *a. Chr.*, cent ans environ après la loi Aebutia. Elle constate que le *judicatus* devra fournir un *vindex* et ne pourra écarter la main qui s'est posée sur lui, *manum sibi depellere*.

A côté de la *legis actio per manus injectionem*, citons la *legis actio per pignoris capionem*. Varron faisait allusion à la *pignoris capio ob aes militare* (4).

Cicéron nous montre le fermier d'impôts, le publicain, opérant contre le contribuable la *pignoris capio* : il l'appelle *pignerator* (5).

---

(1) *Pro Murena*, XII, 26 : *Transit idem jure consultus tibicinis latini modo*. Il s'agit, soit du joueur de flûte qui figurait dans tous les sacrifices, soit de celui qui, dans certaines pièces, paraissait sur la scène. Voyez : G. Wissowa, *Religion und Cultus der Römer*, München, 1902, 204, 352, 257 ; Th. Reinach, *v° Tibia*, dans Daremberg et Saglio, V, 322 ; J. Toutain, *v° Sacrificium, eod. loco*, IV², 978.

(2) Cicéron nomme du reste la *manus injectio, Pro Rosc. com.*, XVI, 48 : *Ipsa mihi veritas manum inicit...*

(3) P. F. Girard, *Textes*⁵..., 91. Cf. E. Kiessling, *Zur lex Ursonensis, Klio, Beiträge zur alten Geschichte*, LXXVII, 258 sq., Leipzig, 1921. Il est certain qu'en tout cas notre chapitre est antérieur aux *leges Juliae* ; or, c'est là l'essentiel. En ce sens : P. F. Girard, *Textes*⁵..., 90. Cf. relativement aux Douze Tables, Aulu-Gelle, XX, 1, 42 sq.

(4) Aulu-Gelle, VI, 10, 2.

(5) *In Verr. Actio secunda*, III, 11, 27 : *Quum omnibus in aliis vectigalibus Asiae, Macedoniae, Hispaniae, Galliae, Africae, Sardiniae, ipsius Italiae quae vectigalia sunt, quum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor ac pignerator, non creptor neque possessor soleat esse, tu.....* Que la *legis actio per pignoris capionem* existât du temps de Verrès, cela ne présente rien d'étonnant, puisque la *legis actio per manus injectionem* s'appliquait en l'an 710 *ab U.* Pendant longtemps, l'État créancier de l'impôt s'est facilement reconnu une situation priviligiée vis-à-vis du débiteur. Jusqu'en 1877,

Si on compare, du reste, le passage de CICÉRON avec les *Institutiones* de GAIUS (1), on constate une différence entre la procédure antérieure et la procédure postérieure aux *leges Juliae*. Avant ces dernières, le publicain exerce, en réalité, la *pignoris capio*, tandis que, plus tard, le magistrat lui délivre une formule contenant une fiction de *pignoris capio*, *formula ad legis actionem expressa*.

Arrivons maintenant à la *legis actio sacramenti*.

La *legis actio sacramenti* constituait le droit commun (2). Aussi, n'est-il pas étonnant que CICÉRON y fasse souvent allusion.

Occupons-nous d'abord de la *legis actio sacramenti in rem*.

Même dans ses œuvres de rhétorique ou dans sa correspondance, CICÉRON songe immédiatement à la *legis actio sacramenti*, quand il s'agit d'un débat judiciaire, relatif à une question de propriété.

Pour lui, nous l'avons vu, la procédure légale c'est la *legis actio*.

J'ajoute qu'il signale de nombreuses applications de la *legis actio sacramenti in rem* dans la pratique romaine.

---

en France, le percepteur jouissait du droit d'envoyer des « garnisaires » chez les contribuables récalcitrants. De même à Rome : *hoc ceteris dato est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani exercendis, qui aliquo hoc vectigalia debeant*, GAIUS IV, 28. Cf. 29. La *pignoris capio* qui pouvait être accomplie en dehors de la présence du magistrat ou de celle de l'adversaire, même un jour néfaste, constituait déjà un avantage considérable, puisque le publicain avait les mains garnies et que son adversaire pouvait être conduit à s'imposer des sacrifices pour recouvrer un objet auquel il tenait ; mais ce dernier n'était pas désarmé, il avait la faculté de recourir à la justice ; tant que cette dernière n'avait pas prononcé, le droit du publicain restait en suspens; il était seulement *petitor* et *pignerator*. Ce que CICÉRON reproche à Verres, c'est d'avoir, en fait, supprimé, dans sa province, le recours à la justice, attendu qu'il prenait les récupérateurs dans sa cohorte de brigands. Voyez en un sens contraire au nôtre : J. CARCOPINO, *La loi de Hiéron et les Romains*, Paris, 1919, 128 sq. M. F. DE VISSCHER, *La condictio et le système de la Procédure formulaire*, Gand et Paris, 1923, 14, 1 semble se rallier à la thèse de M. CARCOPINO. En notre sens : P. COLLINET, *La saisie privée*, 1893, 45 sq.

(1) IV, 32.

(2) GAIUS. IV, 13.

Il la montre usitée à propos de la *causa liberalis*, du procès de liberté (1), et à propos de la pétition d'hérédité (2) pour aboutir à la constitution du *judicium* devant les *decemviri litibus judicandis*, dans la première hypothèse, à celle du *judicium centumvirale* dans la seconde.

Citons enfin la *rei vindicatio*, dans la forme de la *legis actio sacramenti in rem*.

C'est précisément cet exemple que CICÉRON choisit pour railler les formalités de la *legis actio* ; il ne s'agit pas du reste de critiquer le passé, mais d'exposer une procédure qui est encore en usage (3).

A côté de cette description d'ensemble, on peut aussi signaler des allusions à quelques unes des formalités, envisagées isolément (4).

---

(1) *Pro Caecina*, XXXIII, 97... *Quum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem injecisset non posse sacramentum nostrum judicari, quod Arretinis adempta civitas esset...* Voyez : F. DESSERTEAUX, *Le cas de la femme d'Arretium* (*Mélanges Gérardin*, 181) ; *De domo sua*, XXIX, 87 : *si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent..*

(2) *in Verrem Actio secunda*, I, 45, 115... Si *quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret.* Cf. sur l'*actio in rem per sponsionem*, nos *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*. I, *La procédure par le pari* (*Agere per sponsionem*), 1896, 452, sq.

(3) *Pro Murena*, XII, 25 et 26. Voyez également : *Pro Milone*, XXVII, 74 : *...qui non calumnia litium, non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos, sed castris, exercitu, signis inferendis petebat.* M. P. JÖRS, *Röm. Rehtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Berlin, 1888, I, 187, 1, croit qu'il n'est pas absolument impossible de rapporter le § 26 du *Pro Murena* à une *rei vindicatio* renvoyée devant les centumvirs ; mais, abstraction faite de nombreux autres textes, cela nous parait impossible pour un motif déjà mis en lumière et sur lequel nous reviendrons à propos des *judicia centumviralia*.

(4) *Ad fam.* VII, 13, 2 :

Non ex jure manum consertum sed magis ferro
Rem repetunt.

CICÉRON cite ce vers d'ENNIUS dans une lettre au jurisconsulte Trebatius Testa qui se trouvait au camp de César, en Gaule ; *ad Att.* XV, 7 ; VII, 20, 1 ; *de oratore*, I, 10, 41 : *...qui aut interdicto tecum contenderent aut te ex jure manum consertum vocarent quid in alienas possessiones tam temere irruisses.*

J'ajoute que la victime du *furtum nec manifestum* exerçait encore, à la fin de la République, la *legis actio sacramenti in personam*. CICÉRON nous la montre prononçant elle-même la formule solennelle de la *legis actio* (1).

Il convient d'ailleurs de le remarquer, chaque plaideur était ici accompagné d'un jurisconsulte qui lui soufflait les *verba solemnia, praeco actionum*, dit CICÉRON à propos du *leguleius* (2).

Ce que nous venons de dire de l'*actio furti nec manifesti*, nous pourrions le répéter de quelques autres actions ; je me borne à citer l'*actio rationibus distrahendis* et l'*actio auctoritatis*.

L'*actio rationibus distrahendis* (3), intentée contre le tuteur qui a détourné un bien du pupille, doit être considérée comme une simple variété de l'*actio furti nec manifesti* (4). Il ne semble donc guère douteux qu'à l'époque de CICÉRON la *legis actio*

---

(1) *De natura deorum*, III, 30, 74 : *Inde illa actio* : OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE. CICÉRON écrivit le *De natura deorum* à la fin de sa carrière, probablement en l'an 709 *ab U.*, certainement avant les Ides de Mars 710. Pour le commentaire de la formule, il nous suffit de renvoyer à TH. MOMMSEN, *Droit pénal*, III, 48 et à P. HUVELIN, *Furtum*, I, 387-392. La formule, dit ce dernier auteur, avec raison croyons-nous, vise « un vol commis consciemment ou volontairement et non un vol commis à l'instigation ou sur le conseil d'un complice ». Voyez déjà en ce sens ALBERT DESJARDINS, *Traité du vol dans l'antiquité*, 134, cité du reste par M. HUVELIN.

(2) Dans la *rei vindicatio* de la *legis actio sacramenti in rem*, c'était, d'après le *Pro Murena*, nous l'avons vu, le même jurisconsulte qui accomplissait les actes rituels et prononçait les paroles solennelles pour les deux parties. Peut-être cela s'expliquait-il par le caractère particulièrement compliqué de la procédure.

(3) TRYPHONINUS, 14 *disputat.*, D. XXVI, 7, *De administrat. et peric. tutor.*, 55, 1 ; *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur...* Cf. ULPIEN, 36, *ad ed.*, D. XXVII, 3, *De tut. et ration. distrah.*, 1, 20, 23.

(4) « A l'époque où elle (l'*actio rationibus distrahendis*) a été créée, dit M P.F. GIRARD, *Manuel*[7]..., 226, 5, on ne considérait sans doute pas le détournement du tuteur comme un *furtum*, probablement en partant de l'idée de *potestas*. »

sacramenti in personam s'appliquât dans cette hypothèse. Quand le vieux Q. Mucius Scaevola, l'augure (1), écoutait les discours prononcés par Hypsaeus et Cn. Octavius devant le préteur M. Crassus, on en était à la *conceptio judicii*, à la rédaction de la formule : *quum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei quem defendebat, causa cadere liceret...* ; mais auparavant la *legis actio* avait été accomplie... *quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat.*

La vieille *actio auctoritatis* entraînant une condamnation au double peut aussi être rapprochée de l'*actio furti nec manifesti ;* on peut conjecturer qu'à l'époque de Cicéron, les parties prononçaient encore, en cette matière, les formules solennelles de la *legis actio sacramenti in personam* (2). A la vérité, les mots : QUANDO TE IN JURE CONSPICIO mise dans la bouche de l'acquéreur se rapportaient au procès engagé entre lui et le véritable propriétaire, et non à l'action intentée contre le garant ; (3) ces mots cependant étaient adressés à ce dernier et il semble qu'il y eût là le début ou au moins la préliminaire d'une *legis actio* contre lui (4).

---

(1) *De oratore*, I, 36, 166-167.

(2) Voyez : P. F. Girard, *Mélanges de droit romain*. II. *Droit privé et procédure*, 1923, *L'auctoritas et l'action auctoritatis*, 301 sq. M. P. F. Girard, 305, propose la formule solennelle suivante : *Aio te mihi hominem Stichum mancipio dedisse neque de ea re auctoritatem recte praestavisse, quamobrem te mihi damnum pro auctore decidere oportet.*

(3) *Pro Murena*, XII, 26; *Pro Caecina*, XIX, 54 ; Cf. Formules de Valerius Probus, IV, *In legis actionibus haec*, 7 : *Quando in jure te conspicio postulo, anne far auctor.*

(4) On peut encore citer l'*actio de pauperie* dont M. P. F. Girard rétablit ainsi la formule solennelle : *Aio quadrupedem pauperiem fecisse, quamobrem te mihi aut in noxam sarcire aut in noxam dedere oportet.* Voyez : *Nouv. rev. hist.*, XI, 1887, 433-437 et *Mélanges de droit romain*, II, 301-302, Ulpien, 18 *ad ed.* D. IX, 1, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, 1, 11 : *Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is qui non provocaverit, competeret actio « quamobrem eum sibi » aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.* Voyez également : Mor. Wlassak, *Röm. Prozessgesetze*,

Ayant ainsi parlé de la *legis actio sacramenti*, notons que Cicéron montre Caecina (1) intentant la *legis actio per judicis arbitrive postulationem*, et que, dans le *de Oratore*, il fait allusion aux *verba solemnia* de cette *legis actio* (2).

J'ajoute que, semblable aux actions *in personam* dont nous venons de parler, l'*actio familiae herciscundae* remonte à la loi des XII Tables (3), et que, comme les formules de ces actions, les formules anciennes de l'*actio familiae herciscundae* (4) et de l'*actio communi dividundo* conservent des traces des

---

I, 88, 108 ; H. H. Pflüger, *Causa judicati, Zeitschr. Sav.-Stift. für R. G., Röm. Abth.* XLIII, 1922, 160 ; F. de Visscher, *Les actions noxales...*, ouvrage déjà cité ; P. Closset, *Notes sur les actions noxales, Revue générale du droit...*, XLVI, 1922, 268-279, XLVII, 1923, 32-45.

(1) *Pro Caecina*, VII, 19... *nomine heredis arbitrum familiae herciscundae postulavit.* Cf. *Pro Murena*, XII, 27 : *Illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines tam ingeniosos post tot annos etiam nunc non potuisse utrum diem tertium an perendinum, judicem an arbitrum, rem an litem dici oportet : Lex de Gallia Cisalpina*, XXIII (P. F. Girard, *Textes*[5]..., 77); Valerius Probus, IV, *In legis actionibus haec*, 8 : *Te praetor judicem arbitrumve postulo uti des.* Cf. P. Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule* (Mélanges Gérardin, 1907, 340 sq.).

(2) *Qui quibus verbis herctum cieri oporteat, nesciat, idem herciscundae familiae causam agere non possit.* Cf. Festus : *erctum cieri, erctum citum* (Lindsay) ; Isidore de Séville, *Origines* (Lindsay), V, 25, 9 et 10. « Les mots *erctum ciere* faisaient sans doute partie des paroles à prononcer », dit M. A. Audibert, *L'évolution de la formule des actions « familiae erciscundae » et « communi dividundo »* (*Mélanges* Ch. Appleton, Lyon, 1903, 7, 1).

(3) Gaius, 7 *ad ed. prov.* D. X, 2, *Familiae erciscundae*, 1, *pr.* : *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum : namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur. L'actio communi dividundo* est moins ancienne, mais elle semble elle aussi, avoir été exercée grâce à une *legis actio per judicis arbitrive postulationem.* Voyez Isidore de Séville, *Origines*, V, 25, 10.

(4) Il convient aussi de tenir compte du nom archaïque de *l'actio familiae herciscundae* : *quam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda*, dit Gaius, II, 219. Cf. sur l'expression *herctum ciere*, A. Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1906, v° *herctum*, 284.

paroles solennelles de la *legis actio* (1). On peut encore citer l'*actio aquae pluviae arcendae* comme exercée probablement à l'époque de CICÉRON dans la forme d'une *legis actio per judicis arbitrive postulationem* (2).

Reste enfin à *parler* de la *legis actio per condictionem*.

D'après l'opinion à peu près unanime (3), les textes ne lui feraient aucune allusion pendant notre période.

Certains auteurs en concluent, nous le verrons, que la loi Aebutia l'avait expressément abrogée, lui substituant la procédure formulaire.

D'autres se refusent à admettre la portée de l'argument *e silentio* et croient que la *legis actio per condictionem* existait à l'époque de CICÉRON ; il n'est pas vraisemblable, disent-ils, que la *legis actio* la plus moderne ait disparu la première.

---

(1) Voyez O. LENEL, *L'Edit perpétuel*, I, 237, 1, 2 ; 240, 1, 2 ; *Edictum perpetuum*[2], 201 sq. ; AUDIBERT, *op. cit.*, 12 sq. Ces auteurs admettent l'existence d'une *demonstratio* rappelant la *postulatio arbitri* de la *legis actio*. Nous allons, du reste, plus loin qu'eux. Il nous semble que dans le Ch. XXIII de la *lex de Gallia Cisalpina*, texte antérieur aux *leges Juliae*, il s'agit non pas de la *demonstratio* de la formule écrite, mais de la formule *solennelle* de la *legis actio* prononcée par les parties avant la *conceptio judicii*, avant la discussion sur la rédaction des *verba judicii*.

(2) *Topica*, IX, 39... *quorum alterum jubetur ab arbitro coerceri, alterum non jubetur* ; X, 43... *aquae pluviae arcendae adigere non possis arbitrum*.

(3) M. K. WIEDING, *Der Justinianeische Libellprocess*, Wien, 1865, 655 avait, à la vérité, rapporté à la *legis actio per condictionem* de la loi Silia le chapitre XXI de la loi Rubria, appelée de préférence aujourd'hui *lex de Gallia Cisalpina* (Voyez : P. F. GIRARD, *Textes*[5]..., 72 sq.). Il considérait ce texte, avec raison selon nous, comme prouvant le maintien de la *legis actio per condictionem*. La conjecture de M. WIEDING avait passé inaperçue ; mais M. O. GRADENWITZ vient de la reprendre et de soutenir que les Ch. XXI et XXII de la loi Rubria s'appliquaient avant les remaniements dont le texte fut l'objet à la *legis actio per condictionem* et seulement à la *legis actio per condictionem* : « Le ch. XXI de la loi se référait à la *certa pecunia*, le ch. XXII à *omnis certa res* ; car il n'y a pas à songer à une *incerti condictio* ; dans leur ensemble, les deux chapitres visaient les cas de la *legis actio per condictionem* comme l'avait déjà supposé WIEDING ». Voyez O. GRADENWITZ, *Versuch einer Dekomposition des Rubrischen Fragmentes*, dans *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang* 1915, 9 *Abhandlung*, Heidelberg, 1915, 21, 48.

Nous sommes de cet avis, mais nous allons plus loin, et nous estimons que les sources ne sont pas muettes, et qu'il y a des traces de l'existence de la *legis actio per condictionem* antérieurement aux *leges Juliae*.

Occupons-nous d'abord de la *legis actio per condictionem e lege Silia* (1).

La *legis actio per condictionem* c'était la procédure par la sommation (2) ; la formalité caractéristique qui lui donnait son nom, c'était la sommation adressée par le demandeur au défendeur, très vraisemblablement, selon nous, devant le magistrat, *in jure*, sommation de comparaître, de nouveau, à l'expiration d'un délai de trente jours, en vue de procéder au choix d'un juge (3).

Selon nous, la loi Silia voulut accorder au débiteur un délai pendant lequel il pourrait peut-être se procurer la somme due et éviter les poursuites. Depuis la loi Silia, le débiteur sera

---

(1) *L'actio certae creditae pecuniae* de l'époque classique se rattache, à notre avis, par les liens de la filiation historique, à la *legis actio per condictionem* de la loi Silia ; elle se confond avec la *condictio certae pecuniae*. Nous n'avons pas, du reste, à examiner ici cette question, que nous avons traitée ailleurs.

(2) Après une lacune du manuscrit de Vérone, produite par la perte d'un feuillet le § 17*a*, du C. IV, de Gaius, se termine ainsi... *condicere autem denuntiare est prisca lingua*, § 18. *Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat ut ad judicem capiendum die XXX adesset ; nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.* 19, *Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.* 20, *Quare autem haec actio desiderata est, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerit aut sacramento aut per judicis postulationem agi, valde quaeritur.* Pour l'exposé de nos doctrines sur les questions controversées auxquelles a donné lieu la *legis actio per condictionem* nous renvoyons à nos *Etudes sur l'histoire de la procédure civile*, I, 63-207. Parmi les ouvrages postérieurs, nous avons déjà cité F. de Visscher, *La condictio* ; citons encore : R. von Mayr, *Die condictio des röm. Privatrechts*, Leipzig, 1900 et *Condictio incerti*, *Zeitschr. der Sav.-Stift*, XXIV, 1903, *Rom. Abth.*, 260 sq. : J. von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II, Weimar, 1907.

(3) Voyez : A. J. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat*, thèse déjà citée, 131, 5.

protégé contre les surprises ; avant d'être contraint à un aveu devant le magistrat, *confessio in jure*, ou avant que la lutte judiciaire ne soit engagée, il sera averti trente jours à l'avance des intentions de son adversaire (1). Je n'ai pas besoin de rappeler que les intérêts se payaient par mois et que le délai de remboursement de la dette était fort court (2).

Au temps de GAIUS, il n'y avait plus de sommation ; mais doit-on donner la même solution pour l'époque de CICÉRON ? Cela nous paraît au moins douteux, en raison du maintien du nom de *condictio*.

Cependant, en ce qui concerne la sommation, les textes sont muets pendant notre période. Au contraire, ils ne le sont pas relativement à d'autres caractères de la vieille procédure.

A l'expiration du délai de trente jours, pendant lequel le défendeur pouvait se procurer la somme due, les parties se présentaient de nouveau devant le magistrat. Le demandeur prononçait des paroles solennelles par lesquelles il affirmait son droit, *Pecunia petita est certa*, dit CICÉRON (3). Il ajoute, nous allons le voir : *cum tertia parte sponsio facta est*. Les parties se trouvent donc déjà *in jure* (4). Avant la discussion de la formule, avant la *conceptio judicii*, la *legis actio* a été accomplie.

---

(1) Cf. nos *Etudes sur l'histoire de la procédure civile*, 112 sq.

(2) Cf. aujourd'hui : CH. APPLETON, *Contribution à l'histoire du prêt à intérêt à Rome. Le taux du fenus unciarium. Nouv. Rev. hist. du droit*, XLIII, 1919, 487 sq. ; V. SCIALOJA, *Brevi note marginali, Unciarium fenus, Bullettino dell' istituto di diritto romano*, XXXIII, 1924, 240-241, et la chronique de la *Rev. hist. du droit*, 1925, 169-170.

(3) *Pro Roscio comoedo*, V, 14. Il convient de rapprocher de ce passage le ch. XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* : *A quoquomque pecunia certa credita, signata forma publica populei romani... petetur.*

(4) Notre interprétation du *Pro Roscio Com.*, V, 14, se rapproche à plusieurs égards des développements consacrés à l'*actio de pecunia certa credita* par M. KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 592 sq. Pour nous comme pour lui, la *sponsio poenalis tertiae partis* avait non seulement un caractère pénal mais un caractère préjudiciel. Seulement l'*actio certae creditae pecuniae* était, selon nous, pendant notre période une *legis actio*, tandis que, pour M. KARLOWA, la procédure formulaire s'appliquait seule.

La formule solennelle de la *legis actio* (1) n'indiquait pas, du reste, la source du droit de créance, mais seulement son objet : elle était conçue d'une façon générale et vague, d'une façon abstraite. Cela est aujourd'hui admis d'une façon unanime pour l'époque classique ; or, on doit voir là, sans aucun doute, une survivance du droit ancien.

Avec beaucoup de raison, selon nous, M. F. DE VISSCHER (2) signale le « contraste entre la sécheresse de cette procédure et l'*ubertas* du système formulaire ». Il ajoute que « tandis que toutes les formules représentent des causes, celle-ci (celle de la *condictio*) représente un *modus agendi*. Sous un changement purement matériel de rituel, c'est l'ancienne *legis actio per condictionem* qui persiste dans le système formulaire ». Cette doctrine est, depuis longtemps, la nôtre. A la vérité, M. F. DE VISSCHER en tire des conclusions fort différentes de celles auxquelles nous arrivons : mais nous partons de la même idée (3).

---

(1) En se fondant sur les fragments de VALERIUS PROBUS, IV, *in legis actionibus haec*, 1, on peut supposer que cette formule était ainsi conçue : *Aio te mihi dare oportere...* Comme il s'agit d'une formule solennelle prononcée par le demandeur, les objections adressées par M. H. H. PFLÜGER à M. KARLOWA ne nous sont pas opposables. Voyez : H. H. PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig, 1904, 11, et le *compte-rendu* de cet ouvrage par M. J. DUQUESNE, *A travers la condictio. Nouv. Rev. hist. du droit*, XXXII, 1908, 213 sq.. Nous repoussons, du reste, l'interprétation donnée par M. H. H. PFLUGER aux mots : *Pecunia petita est certa*. Pour cet auteur, ces mots signifient qu'il y a déjà eu *litis contestatio* sur la *pecunia certa*. Bornons-nous à répondre que la *sponsio* n'est pas encore intervenue au moment où le demandeur prononce ces paroles. Se plaçant à un point de vue tout différent de celui de M. PFLÜGER, M. WIEDING, *op. cit.*, restitue la formule solennelle prononcée par le défendeur : (*Nego et*) *sponsione judicioque uti* (*ex lege*) *oportebit defensurum me aio*. Cet auteur se fonde sur le chapitre XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* ; mais nous ne le suivrons pas jusque-là ; nous ne connaissons pas la formule solennelle prononcée par le défendeur.

(2) *La condictio et le système de la procédure formulaire*, 8-9 ; 21.

(3) Voyez DE VISSCHER, 23 : « La fiction d'un *modus agendi* est superflue, parce que le mode lui-même a persisté sous les apparences d'une nouvelle procédure » ; 26 : « Il y a équivalence, superposition parfaite de la formule

Après avoir renvoyé pour la *confessio certae pecuniae* au chapitre XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* (1) et aux travaux auxquels ce texte a donné lieu (2), ajoutons quelques mots sur le *jusjurandum in jure delatum* et la *sponsio poenalis tertiae partis*, institutions qui constituent, elles aussi, des éléments de la *legis actio per condictionem e lege Silia*.

Comme ces deux procédures (3) subsistaient encore à l'époque classique, on ne saurait douter qu'elles remontassent à l'époque antérieure aux *leges Juliae*.

Pour le *jusjurandum in jure delatum*, d'assez nombreux passages de PLAUTE peuvent être cités (4) ; CICÉRON y fait allusion dans une lettre à ATTICUS (5). On le trouve enfin dans la *lex Julia* de la Table d'Héraclée, au début du huitième siècle de l'ère romaine, 45 *a. Chr.* (6).

Les textes de PLAUTE prouvent, à notre avis, bien qu'on ait

à l'action de la loi » ; 27 : « Et de ce mode la formule a gardé non seulement le nom, mais même des particularités aussi remarquables que la *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* dans l'*actio certae creditae pecuniae* ».

(1) P. F. GIRARD, *Textes*[5]..., 76 et *notice in fine*, 74. Le Ch. XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* prouve l'existence de règles spéciales à la *confessio in jure* et au rôle du défendeur avant l'organisation définitive de l'instance judiciaire. Ces règles spéciales constituent une particularité de la procédure de l'*actio certae creditae pecuniae* ; elles peuvent être rapprochées à cet égard, du *jusjurandum in jure delatum* ou serment nécessaire et de la *sponsio tertiae partis*.

(2) G. DEMELIUS, *Die Confessio im römischen Civilprocess*, 1880, 127-164 ; A. GIFFARD, *La confessio in jure dans la procédure formulaire*, Thèse Paris, 1900, 51-155.

(3) Pour le *jusjurandum in jure delatum*, cette affirmation ne peut plus être, à notre avis, contestée aujourd'hui. Grâce à la méthode dite des inscriptions, la théorie du serment nécessaire ou *jusjurandum in jure delatum* a été renouvelée dans ces dernières années ; son domaine était étroitement limité : il se confondait avec celui de l'édit *Si certum petatur*. Quant à la *sponsio tertiae partis*, il suffit de renvoyer à GAIUS, IV, 13, 171, 180.

(4) *Rudens*, 14 ; *Curculio*, 495 ; *Persa*, 477. Ces textes démontrent, en même temps, que la loi Silia existait avant l'an 570 *ab U.* (184, *a. Chr.*), sans qu'on puisse d'ailleurs préciser à quelle époque elle remontait.

(5) *ad Atticum*, I, 8, 3 : *mihi autem abjurare certius est quam dependere*.

(6) La *lex Julia*, dite *Julia municipalis*, *l.* 113 (P. F. GIRARD, *Textes*[5]..., 87), déclare incapable d'exercer une magistrature municipale ou d'entrer

soutenu le contraire, les rapports de notre institution avec les *legis actiones*.

D'autre part, les expressions : *abjurare in jure creditam pecuniam*, *abjurare rem creditam* paraissent significatives, surtout si on les rapproche de l'emploi du serment nécessaire seulement dans certains cas exceptionnels.

Quant aux mots *in jure*, on ne saurait nier leur caractère technique ; ils visent la procédure devant le magistrat, antérieurement à la *litis contestatio* ; ils ne signifient pas : en matière judiciaire (1).

La *sponsio poenalis* et la *restipulatio poenalis tertiae partis* formaient la contre partie du *jusjurandum in jure delatum*. Comme ce dernier elles se rattachaient, à notre avis, à la loi Silia ; comme lui, elles avaient un caractère relativement archaïque et elles éveillaient l'idée d'une période de transition (2).

D'après l'opinion dominante, la *sponsio poenalis* et la *restipulatio poenalis* n'intervenaient pas nécessairement dans la *legis actio per condictionem*, à défaut de *jusjurandum in jure delatum ;* il dépendait du demandeur d'y contraindre ou non son adversaire.

On se fonde, pour enseigner cette doctrine sur le § 171 du C. IV de Gaius : *sponsionem facere permittitur*.

---

dans un sénat municipal celui qui *in jure*, devant le magistrat, avait nié, en commettant un parjure, sa dette de somme d'argent rentrant dans la définition de la *pecunia credita* : *qui ve in jure pecuniam creditam abjuraverit, abjuraverit*. Cf. Servius, *ad Aen.* VIII, 263 : *abjurare est rem creditam negare perjurio.*

(1) Voyez aujourd'hui sur le *jusjurandum in jure delatum* : R. von Mayr, *Condictio incerti, Zeitsch. der Sav.-Stift. für R. G.*, XXIV, 1903, *R. A.*, 263 sq. ; J. von Koschembahr-Lyskowski, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, Weimar, II, 1907, 353-355 ; L. Debray, *Contribution à l'étude du serment nécessaire*, *Nouv. Rev. hist. du droit*, XXXII, 1908, 125 sq. ; J. Duquesne, *article nécrologique sur Louis Debray*, *Rev. historique du droit, quatrième série*, I, 1922, 313.

(2) Nous appelons l'attention sur le rapprochement fait par le § 13, du C. IV. de Gaius entre la *legis actio sacramenti* et l'*actio certae creditae pecuniae*.

Nous répondons que le § 13 du C. IV appelle l'*actio certae creditae pecuniae* une *actio periculosa*, une action qui fait courir des risques aux parties, au demandeur comme au défendeur (1).

Le vaincu encourt une peine dans tous les cas ; cela ne dépend pas du point de savoir si le demandeur a ou non réclamé la *sponsio tertiae partis*. GAIUS dit que l'*actio certae creditae pecuniae* est une *actio periculosa* comme la *legis actio sacramenti* (2) : or, dans cette dernière, le vaincu perdait toujours son *sacramentum*. La seule différence que signale le jurisconsulte classique entre les deux procédures, c'est que, dans l'*actio certae creditae pecuniae*, la *poena* était acquise au gagnant et non à l'Etat.

Reste le mot *permittitur* du § 171. Nous reconnaissons que son sens le plus naturel est celui que lui attribue l'opinion dominante.

On pourrait, à la vérité, considérer que, si la *sponsio tertiae partis* est seulement facultative, du temps de GAIUS, il y a là une atténuation de la règle primitive, atténuation due aux progrès de la jurisprudence.

Le *Pro Roscio com.* justifierait cette hypothèse : car CICÉRON reproche à Fannius Cherea de n'avoir pas eu recours à l'*arbitrium pro socio* (3), d'avoir employé contre un homme tel que Roscius la voie de procédure la plus rigoureuse ; il n'eût sans doute pas manqué d'insister sur cette idée, si la *sponsio* avait été facultative. Au contraire, il semble bien

(1) Bornons-nous à citer comme ayant expressément rejeté notre doctrine : HUGO KRUEGER, *Zeitschrift für das Privat-und-öffentliche Recht der Gegenwart, Grunhuts Zeitschrift*, XXVI, 1899, 250 ; J. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Condictio*, II, 351.

(2) *...atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat.*

(3) IX, 25 : *Quae quum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium quaero. — Formulam non norus. — Natissimi erat.*

qu'elle ne pouvait être évitée : *Pecunia petita est certa : cum tertia parte sponsio facta est* (1).

J'ajoute que le Ch. XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* suppose que la *sponsio* constitue un élément essentiel de la procédure ; elle la place sur la même ligne que la *litis contestatio ;* il n'y a rien là de facultatif.

De même, le *Pro Roscio com.* IV, 10 vise, selon nous, la *legis actio per condictionem*, qui s'était maintenue, même après la loi Aebutia, et dont la *sponsio tertiae partis* constituait un des caractères. C'est à cette *legis actio per condictionem* et notamment à la *sponsio tertiae partis* que CICÉRON rattache ce qu'il dit de la *plus petitio* (2) : c'est pour cela qu'il parle de cette dernière : le mot *hic* « puisqu'il en est ainsi » lie fortement la seconde phrase à la première. C'est seulement dans le § suivant, dans le § 11 que CICÉRON arrive à la formule écrite délivrée par le magistrat, formule écrite qui était venue se superposer aux formules prononcées par les parties (3).

La *sponsio tertiae partis* avait exclusivement un caractère pénal à l'époque de GAIUS. En était-il de même au temps des *legis actiones* ou doit-on lui reconnaître, à la fois, un caractère préjudiciel et un caractère pénal?

La doctrine générale se prononce pour la première solution.

---

(1) Dira-t-on que le *Pro Roscio com.* constate expressément que la *sponsio tertiae partis* a été conclue, et en déduira-t-on qu'elle aurait pu ne pas l'être? Nous répondrions que l'on ne saurait nier l'importance capitale de la *sponsio*, pas plus dans le *Pro Roscio com.* que dans la *Lex de Gallia Cisalpina*. S'il s'agissait seulement de soumettre ou non le perdant à la *poena*, CICÉRON ne songerait pas d'abord à la *sponsio*.

(2) Il convient de rapprocher notre § 10, du *De Oratore*, I, 36, 166-167... *quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat*.....

(3) M. MOR. WLASSAK, *Röm. Processgesetze*, Leipzig, 1888, I, 68, estime, au contraire, qu'il n'y a pas dans le *Pro Roscio com.* la moindre trace de *legis actio*. S'il en était autrement, le § 11 ferait allusion non seulement aux *verba formulae* mais aux *verba actionis*. Nous répondons qu'il fait allusion aux *verba sponsionis*.

Nous ne croyons pas qu'il convienne de transporter en matière de *legis actio per condictionem* la procédure *per sponsionem* des interdits (1), mais il nous semble que la *sponsio tertiae partis* donnait au juge ses instructions et que le débat roulait sur cette *sponsio* (2).

Nous nous fondons d'abord sur le *Pro Roscio com.*, IV, 12 ; *et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas* « tu liais le même Calpurnius Piso dans une étroite formule de stipulation » (3). Aucune autre traduction ne paraît admissible ; il est arbitraire de soutenir que Cicéron vise la formule de l'action née de la stipulation. Car, le § 12 dit non pas : *in angustissimam formulam concludebas*, mais : *in angustissimam formulam sponsionis.*

La *sponsio tertiae partis* liait donc le juge, elle servait de base au débat ; il ne s'agissait pas, comme à l'époque classique, d'une simple peine du plaideur téméraire, ayant un caractère accessoire, secondaire.

Nous nous fondons ensuite sur le début du § 14 :

Hic ego si finem faciam dicendi, satis fidei et diligentiae meae, satis causae et controversiae, satis formulae et sponsioni, satis

---

(1) La *legis actio per condictionem* était, elle aussi, une procédure par le pari. On appelle en effet *sponsio*, chez les Romains, non seulement la stipulation en général, mais encore le pari qui s'accomplit au moyen de deux stipulations, accompagnées quelquefois du dépôt d'enjeux ou de gages. *Sponsionem facere*, c'est conclure ce pari. Cicéron, *in Verr. Actio secunda*, II, 3, 58, 135 ; XI, 5, 141 ; *ad fam.* VII, 21 ; Pline l'Ancien, *Historia natur.* IX, 119, sq. ; Valère Maxime, II, 8, 2 ; VI, 1, 10 ; Marcien, 5 *regul.* D. XI, 5, *De alcatoribus*, 3 ; Ulpien, 28, *ed od.* D. XIX, 5, *De praescriptis verbis*, 17, 5. Cf. Macrobe, *Saturn.* III, 17, 16. Cf. relativement au pari nos *Etudes sur l'histoire de la procédure civile des Romains*, I, 32-47.

(2) Cf. nos *Etudes sur l'histoire de la procédure civile des Romains*, I, 180 sq. avec la bibliographie. Citons en sens contraire notamment : J. von Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, II, 348, 1.

(3) Pour plus de simplicité, nous disons : formule de stipulation ; mais la vraie traduction serait, à notre avis : formule de pari. Cicéron, *Pro Roscio com.* IV, 10 fait allusion à deux stipulations ; ce n'est pas le droit classique qui a imaginé la *restipulatio poenalis tertiae partis.*

etiam judici fecisse videar cur secundum Roscium judicari debeat.

« Puisqu'il en est ainsi, même si j'arrêtais ici mon plaidoyer, je paraîtrais donc avoir rempli mon devoir, loyalement et avec zèle, au point de vue de la cause en général et de la difficulté spéciale dont il s'agit, en tenant compte à la fois de la formule de l'action et des termes de la promesse (du tiers), je paraîtrais aussi avoir rempli mon devoir vis-à-vis du juge, et montré pourquoi la sentence doit intervenir en faveur de Roscius ».

L'avocat doit établir l'exactitude de ses conclusions, non seulement au point de vue de la formule écrite, *formula*, mais au point de vue de la *sponsio*.

Citons enfin le Ch. XXI de la *lex de Gallia Cisalpina*. Ce texte formule la règle suivante. Dans trois cas déterminés (1), les choses se passeront comme si le défendeur à l'*actio certae creditae pecuniae* avait été condamné, alors qu'il ne l'a pas été. Or, la seconde des hypothèses prévues est la suivante. Le défendeur n'a pas avoué *in jure* qu'il devait la *certa pecunia credita* réclamée, il l'a même nié d'une façon formelle ; mais il ne remplit pas jusqu'au bout correctement le rôle de défendeur ; il refuse de s'engager dans la forme de la stipulation à payer le tiers en sus s'il succombe, *sponsione se defendere* ; il refuse de participer au choix du juge et à la *litis contestatio*, d'accepter expressément la lutte judiciaire, *judicio se defendere*. Les mots *sponsione se defendere* sont, à notre avis, significatifs ; ils visent la *legis actio* antérieure à la *conceptio judicii*.

En résumé, les textes sont favorables au maintien de la *legis actio per condictionem e lege Silia* jusqu'aux *leges Juliae*.

La procédure de la loi Calpurnia était, elle aussi, une *legis actio per condictionem*. La loi Calpurnia emprunta à la loi

(1) Nous n'entrons pas, du reste, dans la question controversée de savoir si le chapitre XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* prévoit trois hypothèses ou seulement deux. Bornons-nous à renvoyer aux études citées de Demelius et de Giffard, et maintenant aux pénétrantes recherches de Gradenwitz.

Silia la sommation, *condictio* ; car le § 18 du C. IV de Gaius vise non seulement la *condictio certae pecuniae*, mais la *condictio certae rei* (1).

On doit également, selon toutes les vraisemblances, ajouter que le *jusjurandum in jure delatum* ou serment nécessaire figurait de même dans la procédure de la loi Calpurnia ; car, à l'époque classique, la *condictio certae rei* comptait parmi les actions dans lesquelles le demandeur jouissait, à titre exceptionnel, de la faculté de le déférer.

Si le défendeur ne voulait ni prêter le serment nécessaire ni le référer, on recourait, avant la loi Aebutia, à l'*arbitrium litis aestimandae*, en vue de fixer la somme pour laquelle il serait traité comme *judicatus*.

Comme dernière ressemblance entre les deux procédures, rappelons que la formule solennelle prononcée par le demandeur avait, dans l'une et dans l'autre, le même caractère général, abstrait, et n'indiquait pas la cause de la créance.

Arrivons aux différences.

Quand il y avait eu *confessio in jure* portant sur autre chose qu'une *certa pecunia*, on devait recourir à l'*arbitrium litis aestimandae* comme dans l'hypothèse du *jusjurandum in jure delatum*.

Reste à examiner la question de savoir si la *sponsio tertiae partis* intervenait en matière de *legis actio per condictionem e lege Calpurnia*, alors qu'à l'époque classique elle ne figurait pas dans la procédure de la *condictio certae rei* (2).

---

(1) On ignore du reste combien de temps après la loi Silia, les comices votèrent la loi Calpurnia, puisque les dates de ces deux lois sont inconnues. Comme on le sait, M. Mommsen, *Droit pénal*, III, 5 considère comme vraisemblable l'identité de la loi Calpurnia visée par le § 19 du C. IV de Gaius et de la loi Calpurnia *de repetundis pecuniis*. Voyez également : J. von Koschembahr-Lyskowski, *Condictio*, II, 317. En sens contraire : P. F. Girard, *Mélanges... La date de la loi Aebutia*, I, 102 sq. Nous nous rangeons à cette dernière opinion.

(2) Il n'est pas surprenant, du reste, que, comme aujourd'hui le porteur d'une lettre de change, le demandeur à la *condictio certae pecuniae* ait eu plus de chances d'être payé, en raison des risques que la *sponsio tertiae partis* faisait courir à son adversaire.

Nous reconnaissons que, dans l'état des textes, on ne saurait être affirmatif.

Nous reconnaissons aussi qu'en matière de *legis actio per condictionem e lege Calpurnia*, il y a une difficulté spéciale, au point de vue du montant de la *sponsio* : car on ne sait pas d'avance quel est le tiers de la valeur litigieuse.

Néanmoins, en raison de l'étroite connexité du *jusjurandum in jure delatum* et de la *sponsio tertiae partis* il ne semble pas certain que cette dernière fût étrangère à la *legis actio per condictionem e lege Calpurnia*. Peut-être, une *sponsio* servait-elle à donner au juge ses instructions même dans cette dernière procédure, sauf à admettre une réglementation quelque peu spéciale. Peut-être cependant, recourait-on à une méthode qui différait de celle de la loi Silia. Aussi est-il sans doute préférable d'exercer ici l'*ars nesciendi* (1).

Quoiqu'il en soit, rien ne s'oppose à ce que la *legis actio per condictionem* se soit maintenue après la loi Aebutia (2), même quand il ne s'agissait pas de *certa pecunia* (3).

§ 5. — Textes relatifs a la formule et a la conceptio judicii.

Si les textes démontrent la survivance de la *legis actio* après la loi Aebutia, ils ne laissent aucun doute sur l'importance considérable que les formules délivrées par le magistrat avaient déjà acquise, dans la pratique, à l'époque de Cicéron.

---

(1) Cf., au contraire, nos *Etudes sur l'histoire de la procédure*, I, 196 sq., spécialement, 205.

(2) L'étroite connexité de la *condictio certae pecuniae* et de la *condictio certae rei* ne saurait, du reste, être mise en doute. Gaius, IV, 18, 19, 33.

(3) Les deux seuls auteurs qui interprètent la *lex de Gallia Cisalpina* comme visant la *legis actio per condictionem*, M. Wieding et M. Gradenwitz appliquent leur doctrine à la *legis actio per condictionem* en général, et non pas seulement à la *legis actio per condictionem e lege Silia*.

Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accomodatur (1).

Il y a tant de formules, ajoutent les *Topiques*, qu'on peut en oublier quelques-unes (2).

Parmi les actions, dit Gaius (3), les unes appartiennent au demandeur, d'après le droit civil : *ipso jure competunt* (4), les autres lui sont données par le préteur : *aut a praetore dantur*. Les premières figurent parmi les actions civiles, les autres parmi les actions prétoriennes.

Ainsi, le magistrat délivrait valablement une formule d'action, même si le demandeur ne jouissait d'aucun droit reconnu par le *jus civile* (5).

En sens inverse, il pouvait se refuser à organiser l'instance, même quand le demandeur avait un droit reconnu par la loi.

Si, en accomplissant ce déni de justice, le préteur se proposait de faire respecter l'équité, on le considérait comme ayant agi au mieux des intérêts de la cité, et, à sa sortie de charge, nul ne songeait à le poursuivre.

Ce refus d'organiser l'instance, cette *denegatio actionis* supposait, du reste, que les faits fussent constants. Le plus souvent, le magistrat ne se résignait pas à ce refus, mais donnait au juge des instructions telles, que ce dernier prononçait l'absolution du défendeur, malgré l'existence d'un droit reconnu par le *jus civile* au profit de son adversaire. En vue

(1) *Pro Roscio com.*, VIII, 24.

(2) *Top.*, VIII, 33... *At si stipulationum aut judiciorum formulas partiare, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid.*

(3) IV, 112. Cf. *Institutes* de Justinien, IV, 12, *De perpetuis et temporalibus actionibus*, 1.

(4) *Jus* équivaut ici à *jus civile*.

(5) *Pro Caecina*, XII, 34 : ...*quid ergo est? impune feci : nam quid agas mecum ex jure civili ac praetorio non habes.*

d'atteindre ce but, le magistrat ajoutait à la formule telle qu'il la délivrait habituellement, à la formule normale une partie accessoire, *adjectio*, grâce à laquelle l'issue du procès pouvait être modifiée ; il le faisait sur l'initiative du défendeur.

Jusqu'à présent, il s'agissait des instances judiciaires proprement dites, et d'elles seules. Dans un passage des *Verrines*(1) CICÉRON, mettant en scène les plaideurs qui voulaient corrompre Verres, alors préteur urbain, leur fait tenir à l'intermédiaire de ce dernier des discours, tels que ceux-ci : « Qu'il organise une instance en ma faveur, *mihi judicium det* ». « Qu'il n'en organise pas contre moi, *in me judicium ne det* ».

A côté des *judicia* l'orateur mentionne les *decreta* : *Nova decreta, nova judicia petebantur.*

Comme exemples de *decreta* il donne les suivants :

« *Mihi det possessionem*, qu'il m'accorde la *bonorum possessio* ».

« *Mihi ne adimat*, qu'il ne me l'enlève pas » :

Mihi bona addicat, qu'il prononce en ma faveur une *missio in bona* ».

Dans toutes ces hypothèses, le préteur promulguait un *decretum*, car, bien que présidant, en réalité, à l'administration de la justice civile, il agissait, en apparence, comme administrateur.

Si, avant la loi Aebutia, il existait déjà, à notre avis, un certain nombre d'interdits, ils se multiplièrent postérieurement à cette loi, beaucoup d'interdits nouveaux apparurent.

A côté des interdits, signalons les *missiones in possessionem* et les successions prétoriennes, les *bonorum possessiones* ; signalons enfin les stipulations prétoriennes et les *restitutiones in integrum*.

Les *decreta* contribuèrent, pour une part importante, à la formation du droit honoraire ; le magistrat ne se servit pas seulement des *judicia*, afin d'atteindre son but.

(1) *In Verr. Actio secunda*, II, 52, 137.

En fait, la théorie de l'*intercessio* et la responsabilité du magistrat à sa sortie de charge limitaient ses pouvoirs qui demeuraient cependant considérables.

A Rome, le préteur urbain, le préteur pérégrin, les édiles curules s'exposaient à l'intervention, *intercessio*, soit d'un tribun de la plèbe, soit d'un magistrat du peuple romain, jouissant d'une autorité égale ou supérieure, censeur, consul, préteur (1).

Dans les provinces, au contraire, le gouverneur, d'abord préteur, puis propréteur ou proconsul ne craignait aucune *intercessio*, puisque le seul magistrat du peuple romain existant à côté de lui, son questeur, figurait parmi les *magistratus minores*.

L'*intercessio* paralysait l'acte auquel elle s'appliquait, empêchait son exécution.

Ajoutons-le, lorsqu'il n'y avait en jeu aucun intérêt de parti, quand il s'agissait d'une question d'ordre purement technique à laquelle le peuple ne portait pas d'intérêt, le préteur se montrait impunément très audacieux. Si, au contraire, il s'avisait de ne pas appliquer une loi récemment votée, de se mettre en opposition avec le parti politique dominant, un de ses adversaires le poursuivait, à sa sortie de charge, pour haute trahison, *perduellio*, et cette accusation criminelle présentait des chances de succès (2).

En résumé, bien que la loi émanât du peuple et de lui seul, le préteur romain n'accomplit pas, comme on l'a enseigné

(1) Lorsque le magistrat ne se conformait pas à son *edictum perpetuum*, l'*intercessio* semblait naturelle... *aliter atque ut edixerat decernit*. Cicéron dit que le préteur pérégrin passa son temps à paralyser par son *intercessio* les actes de Verres, préteur urbain ; il exagérait sans doute ; néanmoins ce qu'il dit, prouve que l'*intercessio* constituait une sérieuse garantie. Voyez *in Verrem, Actio secunda*, I, 46, 119.

(2) Ulpien, 48 *ad ed.* D., XXXVII, 1. *De bonorum possessionibus*, 12, 1 ; Paul, 19 *ad ed.* D., VI, 2, *De Publiciana in rem actione*, 12, 4 *...quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.*

très longtemps (1), une œuvre révolutionnaire dans une pensée d'équité, sortant ainsi de la légalité pour rentrer dans le droit ; il se borna à user de ses pouvoirs, en vue de s'acquitter de sa tâche au mieux des intérêts de la cité ; il convient de ne pas confondre le droit avec la pratique judiciaire.

Bien loin d'être législateur, le préteur jurait d'observer les lois : *juris civilis custos* (2). *praetor jus facere non potest* (3).

Le mot *jus* se prenait ici dans son sens primitif de *jus civile*.

L'*edictum perpetuum* n'employait pas les termes : *ita jus esto*, il visait seulement la façon dont le magistrat userait de ses pouvoirs (4) ; il se plaçait au point de vue de la pratique judiciaire et seulement à ce point de vue : *judicium dabo, in integrum restituam, satisdare jubebo, in possessione esse jubebo, pacta conventa servabo* (5).

Lorsque les formalités de la *legis actio* avaient été accomplies ou que l'action était une action prétorienne, le débat s'engageait, devant le magistrat, sur la *conceptio judicii*, sur

---

(1) Avant le dix-neuvième siècle, c'était la doctrine unanime ou à peu près. Voyez : H. Dernburg, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des praetorischen Edicts, Festgaben für* A. W. Heffter, Berlin, 1873, 94 ; M. Berriat Saint Prix, *Histoire du droit romain*, Paris, 1821, 62, parle « encore d'usurpation insensible et dont il est difficile de trouver un autre exemple dans les fastes de l'histoire. »

(2) Cicéron, *De legibus*, III, 3 ; *De officiis* I, 34, 124.

(3) Cicéron, *Topica*, VI, 29, citant une définition de Quintus Mucius Scaevola : *hereditas est pecunia quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure...*; Gaius, III, 32, *Praetor heredes facere non potest.*: Ulpien, 17 *ad Sab.* D. VII, 4, *Quibus modis ususfructus* 1, *pr....utrum jure sit constitutus ususfructus an vero tuitione praetoris* ; Paul, 2 *sentent*, D. XIII, 5, *De pecunia constituta*, 30 *...per exceptionem adjuvatur* ; Papinien 28 *quaest*, D. XLVI, 3, *De solutionibus*, 95, 2 *... qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere.*

(4) Cicéron, *in Verr., Actio secunda*, 1, 41, 107 ; 42, 109 : *...Qui plurimum tribuunt edicto praetoris edictum legem annuam dicunt esse ; tu edicto amplecteris quam lege.* Il ne s'agissait là, on le voit, que d'une opinion, et encore ne fallait-il pas entendre la doctrine d'une façon trop large.

(5) Cf. Ed. Cuq, dans Daremberg et Saglio, v° *Jus.*, III[1], 244 ; Bruns-Lenel, *Geschichte und Quellen des röm. Rechts* (dans Holtzendorff-Kohler, *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*), I, 112 ; B. Frese, *Viva vox juris civilis, Zeitschrift der Sav.-Stift. für R. G.* XLIII, 1922, *R. A.*, 466 sq.

la façon dont serait rédigée la formule d'action (1). La question avait une importance capitale, puisque la formule liait le juge. J'ajoute que sa souplesse permit au magistrat d'améliorer, peu à peu, la pratique judiciaire, de réaliser une série de réformes.

La discussion qui avait lieu devant le magistrat sur la *conceptio judicii* (2) présentait, du reste, un tout autre caractère que la première phase de la procédure, celle de la *legis actio*. Maintenant, il ne s'agissait plus de prononcer des paroles solennelles, les avocats des deux plaideurs, leurs *patroni* donnaient libre carrière à leur éloquence, non sans compromettre, quelquefois, les intérêts de leurs clients par leur ignorance du droit (3).

Signalons d'abord un passage très connu, mais très important de CICÉRON (4) :

---

(1) CICÉRON, *De inventione* II, 20, 59-60... *Agit is cui manus praecisa est injuriarum. Postulat is, quicum agitur a praetore exceptionem* : EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEJUDICIUM FIAT. *Hic is qui agit, judicium parum postulat ; ille quicum agitur, exceptionem addi ait oportere.* Voyez : *judicium postulare, in Verr. Act. secunda,* III, 15, 39 ; *impetrare, in Verr. Act. sec.* III, 65, 152 ; *dare, Pro Tullio,* V, 12 ; XI 27 ; *constituere,* XVIII, 42. Cf. : E. COSTA, *Cicerone giureconsulto,* III, 8 sq. : MOR. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl,* 14 sq.

(2) CICÉRON, *De Inventione,* II, 19, 58 : *Quare in jure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur et quodam modo agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum judiciorum constituitur* ; *De partitione oratoria,* XXVIII, 99 : *Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio...* ; *Auctor ad Herennium,* I, 12, 22 ; CICÉRON, *Pro Tullio,* XVI, 38 : *Si autem venit, quid attinuit te tam multis verbis a praetore postulare, ut adderet in judicium* INJURIA, *et quia non impetrasses tribunos plebis appellare et hic in judicio queri praetoris iniquitatem, quod de injuria non addiderit* ?

(3) CICÉRON, *De oratore,* I, 36, 166-167. *...quum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis a M. Crasso praetore postularet ut ei quam deiendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae judicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur* ? Cf. dans le même sens que nous : J. DUQUESNE, *Rec. hist. du droit,* 1925, 469, compte-rendu de deux monographies de M. HENRI LÉVY-BRUHL : Voyez L. WENGER, *Institutionen des röm. Zivilprozessrechts,* München, 1925, 28-29 ; 232 sq.

(4) *in Verr. Actio secunda,* II, 12, 30-31.

Si vero illud quoque accedit ut in ea verba praetor judicium det, ut vel L. Octavius Balbus judex, homo et juris et officii peritissimus, non possit aliter judicare, si judicium sit ejus modi : L. OCTAVIUS JUDEX ESTO : SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX JURE QUIRITIUM P. SERVILII ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR : *non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo restituere aut condemnare eum quem non oporteat?*

La formule est la *formula petitoria* avec la substitution de *Q. Catulo restituetur* à *P. Servilio restituetur*. Si on compare ces *verba judicii* avec les formules solennelles de la *legis actio sacramenti in rem* telles que les donne le *Pro Murena*, on constate, en dehors de la différence de la rédaction : *si paret* au lieu de : *aio*, la présence de la *clausula arbitraria* dont la grande importance n'a pas besoin d'être soulignée. Ainsi, à l'époque de CICÉRON, la *formula petitoria* était venue s'adjoindre à la *legis actio sacramenti in rem*, en matière de *rei vindicatio* : il y avait cumul de la *legis actio* et de la formule, des *verba judicii*.

M. EISELE (1) objecte, en vain, que les *Verrines* s'appliquent à la Sicile et non à Rome. Il se fonde sur le § 30 : *si, quum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus cui nemo intercedere possit det quem velit judicem, judex nequam et levis quod praetor jusserit judicet.*

---

(1) *Abhandlungen zum röm. Civilprocess*, Freiburg-in-Brisgau, 1889, 83-84. Dans le même sens : ED. CUQ, *Les institutions juridiques*[2], 1, 286, 6 : « A notre avis, dit cet auteur, le préteur n'eut besoin d'aucun pouvoir nouveau pour délivrer des formules : 1° dans les cas non prévus par la loi ; 2° même dans les cas où les actions de la loi étaient applicables, lorsque les parties étaient d'accord pour lui demander une formule : on est toujours libre de renoncer à un droit introduit en notre faveur (JUL., D. IV., 4, 41). La formule pétitoire, dont l'existence au temps de CICÉRON (*in Verrem, Actio sec.* II, 12) est certaine pour la Sicile, n'a pu être utilisée, à l'origine, que sous cette condition. » Nous croyons avoir démontré au texte que la *formula petitoria* existait à Rome, dans la *jurisdictio urbana*, à l'époque des Verrines. L'argumentation de CICÉRON et l'hypothèse sur laquelle il raisonne prouvent en outre, que les parties n'étaient pas d'accord.

Comme le dit avec raison M. E. Costa (1), il s'agit pour l'orateur d'incliner l'esprit des jurés de la *quaestio perpetua* à ajouter foi à l'accusation.

Si déjà, pendant sa préture urbaine, Verres s'était rendu coupable de concussion, malgré l'*intercessio* possible et les *leges judiciariae* (2), comment s'étonner qu'il ait commis encore plus d'abus en Sicile?

C'est, du reste, à Rome que Cicéron place le procès fictif sur lequel il raisonne. Le fonds se trouve à Capena (3), le *judex unus* L. Octavius Balbus, P. Servilius, Q. Catulus font partie de la *quaestio perpetua* devant laquelle il plaide (4).

L'argument consiste en ceci que le juge serait contraint d'obéir si le magistrat lui ordonnait de condamner le défendeur, dans le cas où il ne restituerait pas l'immeuble, non pas au propriétaire mais à un tiers.

L'orateur conclut en disant : *Ejusdem modi totum jus praetorium, ejusdem modi omnis res judiciaria* (5) *fuit in Sicilia per triennium Verre praetore.*

Il n'est donc pas douteux que la *formula petitoria* (6) existait dans la *jurisdictio urbana*, en matière de *rei vindicatio*, à l'époque de la jeunesse de Cicéron.

---

(1) *La Pretura di Verre*, 5 6. Cf. *in Verrem, Actio secunda* II, 48, 119 : *an hoc dubitabit quisquam omnium quin is venalem in Sicilia juris dictionem habuerit, qui Romae totum edictum atque omnia decreta vendiderit?*

(2) Je me borne à rappeler la grande importance politique et sociale des *leges judiciariae*, et les luttes auxquelles elles donnèrent lieu au septième siècle de l'ère romaine. Voyez notamment Ch. Lécrivain, dans Daremberg et Saglio, v° *Judiciariae leges*, III[1], 658, sq.

(3) *Capena*, ville du Sud de l'Etrurie, au N. E. de Rome. Voyez : Huelsen, dans Pauly-Wissowa, v° *Capena*, III, 1505-1506. Cicéron a plusieurs fois parlé de l'*ager Capenas* (*pro Flacco*, XXIX, 71 ; *de lege agraria* II, 24, 66 ; *ad famil.* IX, 17, 2).

(4) *in Verr. Actio secunda*, III, 90, 211 ; IV, 31, 69 ; IV, 38, 82.

(5) Appelons l'attention sur : *res judiciaria*. Les justiciables manquaient, en Sicile, d'une double garantie, l'équité du magistrat et l'équité du juge.

(6) Gaius, IV, 41 ; 51 ; 91-93. Cf. O. Lenel Peltier, *L'Edit perpétuel*, I, 210 sq. et O. Lenel, *Ed. perpet.*[2], 180 sq.

M. E. Costa (1) le reconnaît : mais il croit que le préteur urbain ne la délivrait que dans des cas exceptionnels : il le croit en se fondant sur ce que la *legis actio sacramenti in rem* subsistait, en matière de *rei vindicatio*, longtemps après les *Verrines*.

Nous répondons que c'est, semble-t-il, résoudre la question par la question ; pour ne parler que d'elle en ce moment, la *clausula arbitraria* justifiait le cumul de la *legis actio* et de la formule (2).

A côté de la *formula petitoria*, signalons la formule de *condictio certae pecuniae*, reproduite par le *Pro Roscio com.* IV, 11. Le § 10 vient de faire allusion à la *sponsio tertiae partis*, que nous considérons comme un élément de la *legis actio per condictionem*. Cicéron cite donc la formule délivrée par le magistrat : *Si paret.....*, après la *petitio certae pecuniae*, émanée du demandeur, et la *sponsio tertiae partis* ; l'observation n'est pas sans importance.

On peut encore considérer comme justifiée par les textes le cumul de la *legis actio* et de la formule, à propos de l'*actio rationibus detrahendis*, des plaidoyers d'Hypsaeus et de Cn. Octavius : (3)

Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia neque dicendi ratio aut copia, sed juris civilis scientia : quod alter

---

(1) *Cicerone giureconsulto*, III, *Il processo civile*, 16.

(2) Sur l'origine de la *formula petitoria* on peut consulter : Koschaker, compte-rendu de Hans Steiner, *Datio in solutum*, München, 1914, dans *Zeitsch. der Sav.-Stift. für R. G.*, XXXVII, 1916, *R. A.*, 359.

(3) Cicéron, *De oratore*, I, 36, 166-167. Relativement au procès dont il s'agit renvoyons à P. Huvelin, *L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule* (*Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, 321 sq.) ; P. F. Girard, *La date de la loi Aebutia* (*Mélanges de droit romain*, I, 1913, 89-90 ; Henri Levy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la Procédure formulaire* (*Travaux et Mémoires de l'Université de Lille*, Lille, 1924, 18-21). « Le procès, dit M. P. F. Girard est au plus tôt de l'an 627 (127 *a. Chr.*), puisque Cn. Octavius, cos. en 626 (128 *a. Chr.*), est appelé *consularis* et il est au plus tard de 628 (126 *a. Chr.*) puisqu'Hypsaeus, cos. en 629 (125 *a. Chr.*) ne reçoit pas la même qualification ».

plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat : quod quum impetrasset, causa caderet : alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione ; neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

Ainsi il y a eu *legis actio* (1), et maintenant la discussion porte sur la rédaction de la formule (2), sur la *conceptio judicii :* c'est là le point capital et c'est sur ce point qu'Hypsaeus et Cn. Octavius font porter leurs efforts ; car le juge ne s'occupera que des *verba judicii ;* c'est sur la formule et sur elle seule que roulera le débat (3).

Peut-être Hypsaeus voulait-il faire déterminer par une partie de la formule la valeur des objets qu'il prétendait avoir été détournés par le tuteur au détriment du pupille, avec condamnation au double de cette valeur.

C'était courir de gros risques, sans y être contraint ; car le juge pouvait estimer à plus bas prix les biens dont il s'agissait, et absoudre le défendeur, en raison de la *plus petitio.*

Ce que nous venons de dire de l'*actio rationibus distrahendis* nous pourrions le répéter de l'*actio furti nec manifesti* dont la première ne constituait guère qu'une variété, nous l'avons dit. Il semble vraisemblable (4) qu'à côté de la formule solennelle, que nous avons reproduite et que prononçait le demandeur, une autre formule fut, de bonne heure, créée par le

---

(1) Il ne semble du reste y avoir qu'un procès... *turpi tutelae judicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur... quod alter plus lege agendo petebat...* M. Huvelin, 329-330 croit au contraire, que le pupille avait, au préalable, triomphé par la voie de la *legis actio sacramenti,* que le tuteur était *judicatus* et qu'il s'agissait maintenant d'obtenir un *arbitrium liti estimandae* au moyen d'une *legis actio per judicis arbitrive postulationem.* Nous répondons qu'il n'y a pas trace d'une sentence déjà intervenue.

(2) Le demandeur sollicite du magistrat la délivrance de cette formule... *a M. Crasso praetore contenderet.*

(3) Il y a, du reste des difficultés sur la prétention d'Hypsaeus. Voyez, O. Lenel, *L'Edit perpétuel,* II, 20, et *Edictum perpetuum*[2], 310, 4.

(4) On peut citer en ce sens le Fragment d'Este (705-712 *ab U.*). Voyez P. F. Girard, *Textes*[5]..., 79.

magistrat, afin de compléter la première et de donner satisfaction à certains besoins (1). C'est à cette formule que ferait allusion la fin du § 190 du C. III de GAIUS : *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli irrogatur eaque similiter a praetore servatur* (2).

D'autres formules furent sans doute ajoutées à la *legis actio*, par exemple celles de l'*actio aquae pluviae arcendae* (3) et de l'*actio de pauperie*.

§ 6. - EXPOSÉ DE NOTRE DOCTRINE. LA THÉORIE DU CUMUL DE LA LEGIS ACTIO ET DE LA FORMULE.

Les textes démontrent, nous l'avons vu, qu'à l'époque de CICÉRON la *legis actio* et la formule existent, dans la pratique, à côté l'une de l'autre. Ce fut E. J. BEKKER (4) qui, en 1866, le démontra d'une façon décisive. M. P. JÖRS (5) dit, avec raison, selon nous, que le travail de BEKKER ne reçut pas des historiens du droit romain l'accueil qu'il méritait. Il semble,

---

(1) Bornons-nous à reproduire un fragment de la formule : GAIUS, IV, 37, *quam ob rem N^m N^m, pro fure damnum decidere oportet.* Voyez O. LENEL, *L'Edit perpétuel*, II, 50 sq., et *Ed. perp.*[2], 318 sq.

(2) M. P. HUVELIN, *L'arbitrium liti aestimandae...*, 336, dit, à propos de l'*intentio* de l'*actio furti nec manifesti* : « Cette *intentio* pose à la fois une question de fait et une question de droit. On pourrait presque dire qu'elle est à la fois *in factum* et *in jus*, et pourtant il s'agit là d'une ancienne *actio legitima*. Je ne trouve pas d'autre explication de cette singularité que le dualisme originaire des procédures auxquelles correspondaient ces deux parties. » L'observation nous paraît remarquable ; mais tandis que M. HUVELIN pense à la *legis actio sacramenti* suivie de la *legis actio per judicis arbitrive postulationem* tendant à la liquidation de la composition du double, nous expliquons la singularité dont il s'agit par le fait qu'à la formule solennelle de la *legis actio* s'était adjointe une formule délivrée par le magistrat.

(3) Cf. HUVELIN, *L'arbitrium liti aestimandae*, 336-337.

(4) Sur ERNST IMMANUEL BEKKER, mort en 1916, voyez la notice de O. GRADENWITZ, dans la *Zeitschr. der Sav.-Stift. für R. G., R. A.*, XXXVII 1916.

(5) *Röm. Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin, 1888, 187, 1.

en effet, qu'on n'en parla guère de 1866 à 1888, bien que son auteur fût, en 1871, revenu sur la question (3).

Tandis qu'il s'était borné dans son premier article à réunir les textes de CICÉRON, qui constituaient un ensemble impressionnant, il s'efforça, dans son livre, d'expliquer cette coexistence de la formule orale et de la formule écrite.

Sa doctrine lui semble en harmonie avec le lent développement du droit privé et de la procédure civile des Romains.

Peut-être, dit-il, la formule écrite s'introduisit-elle dans la pratique d'une façon si insensible que personne ne s'en aperçut d'abord, ne jugea utile de la signaler ; elle se rattacherait aux notes que les témoins de la *litis contestatio* auraient eu, sous les *legis actiones*, la coutume de rédiger pour eux-mêmes comme aide-mémoire ou de demander dans le même but au magistrat pour plus de sûreté. La formule écrite décrivait ce qui s'était passé devant le magistrat. Peut-être aussi, ajoute BEKKER, la procédure provinciale et la procédure pérégrine exercèrent-elles de l'influence sur la procédure suivie entre citoyens romains.

L'importance pratique de la formule écrite, d'abord minime, augmenta avec le temps ; à la fin de la République, elle constituait, en fait, l'élément essentiel de la procédure ; mais, en droit, ce furent seulement les *leges Juliae* qui la consacrèrent.

En 1904, enfin, E. J. BEKKER (4) eut une dernière occasion de dire un mot de notre sujet ; il insista de nouveau sur la transformation lente et progressive de la procédure romaine et sur le rôle trop considérable, selon lui, que l'on avait attribué à la loi Aebutia ; mais il mit également en lumière, avec grande raison, croyons-nous, l'étroite connexité de la formule écrite et de l'exception ; ce fut grâce à la formule écrite que l'exception put prendre naissance et contribuer, dans une si large mesure, aux progrès du droit romain (1).

(3) *Die Aktionen...*, I, 87-93.

(4) *Zur Lehre von den Legisaktionen*, *Zeitschrift der Sav.-Stift. für R. G., R. A.*, XXVI, 1904, 70-74.

(1) Sur la doctrine de BEKKER on peut lire : WLASSAK, *Processgesetze*, I, 64 sq., et aujourd'hui : *Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse*, I, 9. Cf.

Comme M. Bekker, M. Sohm, dans les trois premières éditions de ses *Institutionen* (2), rattacha la création de la formule écrite à la *legis actio*. Après l'accomplissement des formalités de cette dernière et la *litis contestatio*, le magistrat délivrait un acte écrit de nomination du *judex unus*, auquel il joignait une courte communication sur le litige : ce fut de cette communication que sortit, avec le temps, la formule qui se recommandait par ses remarquables qualités de souplesse. La *legis actio* subsista seule, au contraire, là où il n'y avait pas nomination du juge par le magistrat, lorsqu'il y avait seulement procès fictif, *in jure cessio*, ou que l'affaire relevait de la compétence des *decemviri litibus judicandis* ou des *centumviri*. A partir de sa quatrième édition, M. Sohm qui signalait jusque-là les rapports de sa doctrine avec celle de M. Bekker changea d'opinion, et se rallia à celle de M. Wlassak, à la théorie de la procédure formulaire facultative.

Bien que M. P. Huvelin (3) déclare que par ce trait essentiel, le choix des parties, il se range, lui aussi, aux côtés de M. Wlassak (4), il nous semble que les idées de notre regretté collègue et ami se rapprochent plutôt (1) de celles de M. Bekker et de celles que nous allons nous même développer.

---

aussi : F. Eisele, *Abhandlungen zum röm. Civilprocess*, 90 sq. ; C. Bertolini, *Appunti didatici di diritto romano. Serie seconda. Il processo civile*, Torino, 1913, 219, 1 ; E. Costa, *Cicerone giureconsulto. Parte III, Il processo civile*, 16, 2, et *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, 29, 3.

(2) R. Sohm, *Institutionen des röm. Rechts*, Leipzig, 1884, 119-120. Voyez dans le même sens la dix-septième édition de l'ouvrage, 1924, édition Mitteis-Wenger, 664. Cf. Wlassak, *Judicationsbefehl*, 1, 10.

(3) *L'arbitrium liti aestimandae*, 333 sq., spécialement 344, 2. Contre la doctrine de M. Huvelin, voyez E. Costa, *Cicerone giureconsulto, Parte* III, 17, 1, et en faveur de cette doctrine Ch. Appleton, *Huvelin romaniste, Rev. histor. de droit*, 1924, 704.

(4) *Op. cit.*, 344.

(1) « Les évolutions juridiques, dit M. Huvelin, 353, surtout chez des peuples aussi conservateurs que le peuple romain se réalisent insensiblement, sans que les apparences extérieures et les étiquettes paraissent changer. Je ne crois pas qu'on ait pu, du jour au lendemain, parler de formule là où l'on ne parlait auparavant que de *legis actio*. Mais si je prouve qu'il y a

Pour M. Huvelin, « l'action formulaire est un *arbitrium liti aestimandae* devenu autonome (2) ». La formule se rattache étroitement par ses origines à la *legis actio*. Après avoir obtenu gain de cause à la suite de la *legis actio sacramenti*, le demandeur doit user de la *legis actio per judicis arbitrive postulationem*, afin d'aboutir à la liquidation de son droit, et de recourir enfin à la *legis actio per manus injectionem*.

Or, dit M. Huvelin (3) « les parties ne se bornent pas à demander au magistrat de nommer un *judex*, elles discutent devant lui, et lui soumettent la teneur de la question qui, sera déférée à ce *judex*, et c'est le magistrat qui, sur leurs indications, en arrête définitivement les termes. L'existence d'une sorte de programme — oral ou écrit, peu importe — servant à guider l'activité du juge, n'a rien qui doive surprendre. Il est trop évident que le juge sais. de l'*arbitrium liti aestimandae* doit être informé de la question qu'il doit résoudre . Comment pourrait-il, sans cela, faire son estimation? »

« Plus tard, ajoute M. Huvelin (4), la *judicis postulatio*, surtout dans la forme de l'*arbitrium liti aestimandae*, a dû exercer une réelle influence sur la genèse des actions formulaires postérieures. Il a suffi d'une modification insignifiante en la forme, mais considérable dans ses conséquences, pour que le programme tracé au *judex* de l'*arbitrium liti aestimandae* se transformât en formule : il a suffi que l'on dispensât les parties de mettre en mouvement la procédure initiale du *sacramentum*, et qu'on donnât au *judex liti aestimandae* le pouvoir d'examiner au fond la question de l'existence du droit litigieux. C'est peut-être la loi *Aebutia* qui a autorisé les

---

déjà place, dans la *legis actio*, pour un embryon de formule, je retrouve le chaînon intermédiaire qui manquait dans l'enchaînement des faits, je restitue au développement historique la continuité de la vie. » Le passage est remarquable et il importait, pour nous, de le reproduire.

(2) *Op. cit.*, 348.

(3) *Op. cit.*, 333-334.

(4) *Op. cit.*, 344.

parties à employer, si elles le voulaient, cette procédure simplifiée, sans supprimer pour cela la procédure ancienne qui a survécu jusqu'aux *leges Juliae* ».

Déjà, en 1905, dans notre *Explication du* n° 173 *du Livre I du « De oratore » de Cicéron* (1), nous avions adhéré à la thèse de la *legis actio* avec formule, sans entrer, du reste, dans aucun détail. Nous pensons, encore aujourd'hui, que l'hypothèse du cumul de la *legis actio* et de la formule constitue le meilleur moyen de résoudre la contradiction qui semble exister dans les textes pour l'époque intermédiaire entre la loi Aebutia et les *leges Juliae*. Cependant, comme on va le voir, nous ne nous bornons pas à reproduire les idées de E. J. Bekker. Tout en adoptant sa doctrine dans son ensemble, nous nous en écartons sur certains points, et surtout nous essayons de la justifier par certains développements supplémentaires.

M. Eisele nous paraît avoir raison, quand il écarte comme invraisemblables les notes des témoins de la *litis contestatio* sous les *legis actiones*, et, encore à un plus haut degré, la communication de ces notes par le magistrat aux témoins : ces notes ne formeraient pas d'ailleurs des instructions adressées au juge.

Selon nous, la loi Aebutia permit expressément au préteur urbain d'adjoindre à la *legis actio* une formule analogue à celle que délivrait déjà le préteur pérégrin, et prescrivit au juge de se conformer à cette formule. On aurait pu, en effet, soutenir que la *legis actio* avec formule ce n'était plus la *legis actio*. Malgré l'*imperium* du magistrat, l'intervention de la loi ne sembla pas inutile.

La procédure ancienne se conserva purement et simplement dans les cas exceptionnels où plus tard les *leges Juliae* elles-mêmes laissèrent subsister la *legis actio* (2). Il en était ainsi, nous l'avons vu, lorsqu'il s'agissait d'une pétition d'hérédité

(1) *Nouv. Rev. histor. de droit*, XXIX, 1905, 16, 1, et tirage à part.
(2) Gaius, IV, 31.

intentée à Rome, et que, dès lors, le magistrat renvoyait l'affaire devant le grand jury des centumvirs.

Rappelons aussi le cas où la *legis actio sacramenti in rem* avait pour objet une question de liberté, où il s'agissait d'un procès de liberté, *causa liberalis*.

Lorsque la *legis actio* avait été accomplie *in jure*, la *causa liberalis* était, à l'époque de CICÉRON, renvoyée, nous l'avons dit, devant les *decemviri litibus judicandis*, fonctionnant en qualité de jury spécial.

Pas plus que dans les causes centumvirales, et pour des motifs analogues, le magistrat ne délivrait ici de formule ; une formule écrite ne s'était pas superposée à la *legis actio* qui subsistait seule.

La même observation pourrait être faite relativement à la *legis actio per manus injectionem* et à la *legis actio per pignoris capionem*.

En qualité de voies d'exécution, elles occupaient une place à part ; ici encore les considérations politiques et sociales jouaient un rôle (1).

Demandons-nous maintenant pourquoi la formule vint se placer à côté de la *legis actio* dans un assez grand nombre d'hypothèses, et pourquoi cependant elle ne la fit pas disparaître.

---

(1) M. MOR. WLASSAK, *Processgesetze*, I, 99-103, croit vraisemblable que, pendant notre période intermédiaire, la formule de l'*actio judicati* civile existait déjà, à côté de la *legis actio per manus injectionem judicati*. Nous répondons que le chapitre LXI de la *lex coloniae Genetivae Juliae* nous paraît difficile à concilier avec cette doctrine ; il ne s'agit pas là de simples débris de la *legis actio*. Le § 25 du C. IV, de GAIUS se termine de la façon suivante : *istaque, quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabantur ; unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur*. Or, avant les *leges Juliae*, il était exact de dire : *legis actiones in usu sunt* ; ce sont seulement les *leges Juliae* qui ont abrogé les *legis actiones*, sauf dans des cas exceptionnels. Nous renvoyons enfin à ce que nous avons dit, à propos de la *pignoris capio*, des *actiones quae ad legis actionem exprimuntur*. Le § 32 du C. IV, de GAIUS semble significatif, quand on le compare à CICÉRON, *in Verrem, Actio secunda*, III, 11, 27.

La formule écrite délivrée par le magistrat présentait le grand avantage de fournir une base solide aux débats devant le juge.

Ce qui fit pourtant sa fortune ce fut sa grande souplesse.

Grâce à elle, le préteur améliora, peu à peu, la pratique judiciaire d'une façon notable ; il fit, dans une large mesure, respecter l'équité, même quand le demandeur avait un droit fondé sur le *jus civile*.

Le magistrat inséra dans la formule une *condemnatio* et rendit ainsi inutile l'*arbitrium liti aestimandae* (2); il imagina, nous l'avons vu, la *clausula arbitraria*, et surtout il créa les exceptions (1) et les autres *adjectiones*. Comme M. Ch. Appleton l'a fait remarquer avec raison (2), il convient cependant de ne pas oublier qu'avant Aquilius Gallus le droit romain ne connaissait pas encore l'exception de dol.

Si donc l'œuvre de progrès n'était pas achevée, au moment de l'anecdote racontée par le *de Officiis* (3), la formule d'action avait déjà fait les preuves de son utilité, même dans le domaine de la *legis actio*.

Pourquoi cette dernière subsistait-elle, intégralement dans certains cas, à l'état de débris, dans certains autres?

Cette dualité de la *legis actio* et de la formule s'explique à notre avis, par le désir de ne pas renoncer aux avantages du *jus civile*, tout en mettant à profit l'initiative du préteur.

---

(2) A cet égard, notre doctrine se rapproche de celle de M. Huvelin, mais le *Pro Murena* montre que la *legis actio sacramenti in rem* subsista à côté de la *formula petitoria* et non pas à titre simplement facultatif ; nous reviendrons, du reste, sur ce dernier point.

(1) Nous n'avons pas ici à faire l'histoire des exceptions. Renvoyons également sur les rapports de la *denegatio actionis* et de l'exception à Henri Levy-Bruhl, *La denegatio actionis sous la Procédure formulaire*, ouvrage déjà cité.

(2) *Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu* (*Mélanges Gérardin*, 17).

(3) III, 14, 58 sq.

L'action était perpétuelle et non temporaire (1). Le *judicium* continuait à produire ses effets, même si la sentence n'était pas intervenue au moment de la sortie de charge du magistrat qui avait délivré la formule (2). Les règles de la loi des XII Tables sur la *plus petitio* s'appliquaient (3). Il n'était pas nécessaire d'insérer dans la formule l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae* (4) ; en d'autres termes, la *litis contestatio* produisait son effet extinctif *ipso jure*.

En droit, il n'y avait qu'une procédure, la *legis actio :* le maintien de cette procédure permettait à la pratique judiciaire de réaliser ses réformes d'une façon prudente.

En dehors du domaine des *legis actiones*, le préteur créa du reste de nombreuses actions honoraires (5).

En résumé, à l'époque de Cicéron, la procédure formulaire avait acquis, dans la pratique, une place prédominante, bien que la *legis actio* n'eût pas disparu.

Telle est donc notre doctrine.

Les textes que nous avons étudiés dans les paragraphes précédents lui sont, à notre avis, favorables.

La *legis actio sacramenti in rem* s'accomplissait, à l'époque de Cicéron, en matière de *rei vindicatio*, et, en même temps,

---

(1) Gaius, IV, 110 : *Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare.*

(2) Gaius, IV, 104 : *eaque (judicia legitima) e lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant, et hoc est, quod vulgo dicitur e lege Julia litem anno et sex mensibus mori.*

(3) Cicéron, *De oratore*, I, 36, 167.

(4) Gaius, IV, 108 : *Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat ; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*

(5) Au point de vue de la terminologie, il y a des difficultés. Comme on le sait, Gaius IV, 109, distingue le *judicium ex lege* et le *judicium legitimum*. Cicéron emploie-t-il dans le même sens les mots *judicium legitimum*? *Pro Roscio com.*, V, 15 : *perinde ac si in hanc formulam omnia judicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*, texte dont il convient de rapprocher Cicéron, *De officiis*, III, 15, 61 : *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus..... et*

le préteur délivrait une *formula petitoria*. Il s'agissait, non pas d'une option entre deux méthodes, option dont il n'y a pas la moindre trace, mais d'un cumul de la *legis actio* et de la formule.

Pour la *legis actio per condictionem e lege Silia*, c'est le même discours de CICÉRON, le *Pro Roscio comaedo* qui, tel que nous l'interprétons, fait allusion à la formule de l'*actio certae creditae pecuniae*, immédiatement après avoir mentionné la formule solennelle prononcée par le demandeur et la *sponsio tertiae partis* qui tient la place du *sacramentum*.

J'ajoute que notre doctrine présente l'avantage d'expliquer la lenteur de l'évolution de la procédure entre la loi Aebutia et les *leges Juliae* La première de ces lois avait rendu le progrès possible : mais, entre le début et la fin de la période de transition, il s'écoula plus d'un siècle, peut-être près d'un siècle et demi, et cela ne présente rien d'étonnant.

---

sine lege judiciis, in quibus additur ex fide bona. En général, on donne le même sens à *judicia legitima*, dans GAIUS et dans CICÉRON, et l'on considère les *arbitria honoraria* de ce dernier comme correspondant aux *judicia quae imperio continentur*. Voyez : A. H. J. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, Oxford, 1901, 172 ; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, III *Parte*, 34, 1. Bornons-nous à dire que les *judicia legitima* de GAIUS peuvent remonter seulement aux *leges Juliae* : le *judicium legitimum* aurait, à certains égards, tenu la place de la *legis actio*. Voyez notamment : GAIUS, I, 184 ; *sed post sublatas legis actiones quidam putant hanc speciem dandi tutoris in usu esse desisse ; aliis autem placet adhuc in usu esse, si legitimo judicio agatur*. Cf. ULPIEN, *Regulae*, XI, 24... *qui cum tutore suo lege aut legitimo judicio agere vult*. M. GREENIDGE admet, du reste, le changement de sens des mots : *judicium legitimum* ; seulement il place ce changement non pas aux *leges Juliae* mais à la loi Aebutia. Il nous paraît difficile, au surplus, de traduire : *arbitria honoraria* par *judicia quae imperio continentur*, comme le font MM. GREENIDGE et COSTA. Les *arbitria honoraria* ce sont les actions honoraires, *lato sensu*, les *judicia sine lege*. Cf. CICÉRON, *de officiis*, III, 17, 70 : *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona* ; *Pro Roscio com.*, IV, 24. Voyez : MOR. WLASSAK, *Processgesetze*, I, 69, 10. En résumé, le § 104 du C. IV, de GAIUS, ne prouve pas, à notre avis, que les *judicia legitima* sont, comme le dit M. WLASSAK, *Subseciva* (*Grünhuts Zeitschrift*, XIX, 1892, 729), antérieurs aux *leges Juliae* ; car celles-ci peuvent les avoir définis, en même temps qu'elles formulaient la règle, relative à la péremption d'instance. En présence du *Pro Roscio*, ce n'est pas là une simple supposition ; néanmoins nous ne voulons rien affirmer.

On ne l'a peut-être pas suffisamment remarqué, dans la scène que décrit le chapitre XII, nos 25 et 26 du *Pro Murena*, le même jurisconsulte assiste les deux plaideurs ; or, cela ne se comprend que si la *legis actio*, tout en procurant certains avantages, n'avait plus de force réelle en présence de la formule. Lorsqu'il s'agissait de la *conceptio judicii*, de la rédaction des *verba judicii*, la lutte était, au contraire, sérieuse, chacun des adversaires avait son avocat, son *patronus*.

Notre doctrine nous paraît également en harmonie avec le texte d'Aulu-Gelle : *omnis illa antiquitas... lege Aebutia lata consopita est.* Selon nous, il n'y eut pas, en effet, abrogation directe de la *legis actio* par la loi Aebutia ; la vie se retira, peu à peu, de l'institution ancienne, comme conséquence de l'usage de plus en plus considérable fait par le préteur urbain de ses nouveaux pouvoirs.

Rappelons enfin que Cicéron ne connaît qu'une seule procédure réglementée par la loi ; mais, à côté de la loi, il y avait la pratique judiciaire.

Pour terminer l'exposé de notre doctrine, ajoutons seulement quelques mots sur les *leges Juliae.*

Encore au temps de Gaius, dans la seconde moitié du second siècle de l'ère chrétienne, les formules civiles se divisaient en deux catégories. Dans la première classe rentraient les formules civiles dans lesquelles le magistrat ordonnait au juge de statuer comme si telle *legis actio* avait été accomplie ; elles contenaient une fiction de *legis actio ;* les autres formules civiles ne présentaient pas ce caractère.

Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant (1).

Ainsi, même du temps de Gaius, il y avait des formules qui contenaient une fiction de *legis actio*, bien que les *leges Juliae* eussent abrogé les *legis actiones*, sauf dans des cas exceptionnels.

---

(1) Gaius, IV, 10. Cf. IV, 34 : *alterius generis fictiones.*

En raison d'une lacune de vingt trois lignes dans le manuscrit de Vérone, nous ne savons que peu de chose sur ces formules.

D'après l'opinion générale, elles remontaient à l'époque intermédiaire entre la loi Aebutia et les lois Julia (1).

Nous considérons, au contraire, comme plus vraisemblable qu'elles étaient postérieures à ces dernières, car, nous l'avons vu, la *legis actio per pignoris capionem* existe encore du temps de CICÉRON, tandis qu'à l'époque de GAIUS une *formula ad legis actionem expressa* la remplace (2).

---

(1) Selon M. L. MICHON, *L'histoire de la condictio incerti d'après M. J. von Koschembahr-Lyskowski*, *Nouv. Rev. histor. du droit*, XXXII, 1908, 391, « pendant cette période le préteur n'était sans doute pas assez hardi, pas assez accoutumé à ses nouveaux pouvoirs, pour en user comme à plaisir, pour créer en toute liberté des formules complètement nouvelles, quand cela n'était pas absolument nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il s'agissait d'un cas déjà sanctionné par les *legis actiones*. En ce cas, il appuyait sa procédure nouvelle sur l'ancienne ; autrement dit, il dressait la formule en y insérant une fiction de *legis actio* ; il dressait la formule de manière à dispenser les parties de l'accomplissement des rites légaux qui constituaient les solennités de la procédure *in jure* de la *legis actio*, du *sacramentum*, de la *manus injectio*, et pour donner aux parties une sécurité analogue à celle qu'elles auraient trouvée dans l'ancienne procédure, il réputait ces rites accomplis ; il disait au juge de statuer comme s'ils avaient été accomplis : *formula exprimabatur ad legis actionem* ». Nous répondons que c'est ne pas tenir compte de la démonstration décisive faite par E. J. BEKKER, des nombreux textes cités plus haut. Le *Pro Murena* et la *Lex coloniae Genetivae Juliae*, nous montrent les rites accomplis en matière de *legis actio sacramenti in rem* ou de *legis actio per manus injectionem*, le publicain saisissait réellement le bien du contribuable, la victime du *furtum nec manifestum* prononçait les *verba legitima*. Il ne s'agissait pas de fiction de *legis actio*. A la vérité, M. MICHON se rallie à la thèse de M. WLASSAK sur le caractère facultatif de la procédure formulaire ; mais il nous semble que la formule avec fiction de *legis actio* eût dû suffire. A quoi bon la *legis actio* à côté de la formule avec fiction de *legis actio*? Renvoyons, au surplus, à ce que nous disons des *leges Juliae* et des *formulae quae ad legis actionem exprimuntur*.

(2) GAIUS, IV, 32. De même, d'après une opinion très répandue, les *actiones quae crescunt in duplum ob infitiationem* contenaient une fiction de *legis actio per manus injectionem*. Quant à la *legis actio per sacramentum* il est assurément difficile d'être affirmatif en raison de la lacune du manuscrit de Vérone. Il n'est pas douteux, en tout cas, en présence du § 37 du C. IV de GAIUS, que la formule de l'*actio furti nec manifesti* ne contenait pas une

A cet égard, la *legis actio per condictionem* se sépare de la *legis actio per pignoris capionem.*

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur, dit le § 33 du C. IV de Gaius ; les formules de la *condictio certae pecuniae* et de la *condictio certae rei* tirent leur force d'elles-mêmes, *sua vi ac potestate valent.*

Comme la *legis actio per condictionem* était la plus récente et la plus moderne des *legis actiones*, qu'enfin la procédure postérieure aux lois Julia conserva le *jusjurandum in jure delatum*, et, en matière de *condictio certae pecuniae*, la *sponsio tertiae partis* avec certaines modifications, l'emploi d'une fiction ne parut pas nécessaire (1).

En résumé, ce que nous savons des *formulae ad legis actionem expressae* nous paraît confirmer notre doctrine. La fiction de *legis actio* se comprend plus aisément pour l'époque où les *leges Juliae* abrogeaient les vestiges de la lente formation de la procédure formulaire ; dans un certain nombre de cas, nos

---

fiction de *legis actio sacramenti in personam*. La *formula petitoria* de la *rei vindicatio* ne contenait pas non plus de fiction de *legis actio sacramenti in rem* ; mais il est possible qu'une fiction de *legis actio sacramenti* se trouvât dans certaines formules civiles délivrées par le préteur.

(1) M. de Visscher, *Condictio*, 23 dit très exactement à notre avis : « La fiction d'un *modus agendi* est superflue, parce que le mode lui-même a persisté sous les apparences d'une nouvelle procédure ». Seulement, M. de Visscher place les *formulae ad legis actionem expressae* dans la période intermédiaire entre la loi Aebutia et les lois Julia. J'ajoute surtout que notre doctrine diffère de la sienne en ce que, comme nous le verrons, il admet que la *legis actio per condictionem* est tombée en désuétude peu de temps après la loi Aebutia, tandis que, selon nous, elle s'est maintenue jusqu'aux *leges Juliae*, avec adjonction de la formule. La doctrine de M. de Visscher, se confond, comme il le constate lui-même, avec celle qu'avait antérieurement développée M. L. Michon, dans l'article, que nous avons cité. D'après ce dernier auteur : « la formule de la *condictio* formulaire a eu, par elle-même et sans fiction, la même force qu'une *legis actio* : elle a eu la même force qu'avait autrefois la *legis actio per condictionem*, parce qu'elle la continue avec une perfection complète et sans aucun artifice ». Nous ne disons pas autre chose ; seulement nous comprenons par « autrefois », « avant les *leges Juliae* », et non « avant la loi Aebutia ». Citons également comme expliquant le § 33, du C. IV de Gaius, de la même façon que M.M. Michon et de Visscher, M. Eug. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, § 730.

formules donnèrent des instructions au juge, d'une façon brève et précise, servant ainsi de transition entre le régime ancien et le régime nouveau.

Nous avons, en effet, enseigné que la *legis actio* s'était, dans certains cas, maintenue intacte jusqu'aux *leges Juliae*.

Pour ces hypothèses, notamment pour celles de la *pignoris capio* et de la *manus injectio*, on conçoit qu'une fiction de *legis actio* ait été introduite dans la formule.

Au contraire, cette fiction ne se serait pas comprise, avant les *leges Juliae*, dans les cas où, en raison de l'adjonction de la formule, la *legis actio* ne se maintenait plus guère que par la force de la tradition.

§ 7. — Réponse aux objections.

On oppose à la théorie du cumul deux objections principales : une objection doctrinale et une objection de texte (1).

De deux choses l'une, dit-on d'abord, c'est la *legis actio* qui donne au juge ses pouvoirs et délimite le champ du débat, et alors à quoi bon la formule écrite? ou, au contraire, le juge est lié par la formule écrite, et alors à quoi bon les formules solennelles de la *legis actio*?

Un passage de Cicéron (2), ajoute-t-on, condamne le système de la *legis actio* avec formule. Ce texte montre, en effet, que l'on peut perdre son procès, si on ignore les termes de la

(1) En dehors des deux ouvrages de M. Wlassak cités plus haut, les *Processgesetze* et le *Judikationsbefehl*, renvoyons à : L. Bruneau, I, *Actiones et judicia*. II, *La réforme Aebutienne*, thèse Caen, 1902, 53-54 ; P. F. Girard, *Manuel*[7]..., 1054, 1. Les objections que nous allons présenter sont, à notre avis, les principales. M. Wlassak, *Processgesetze*, I, 65, 6 demande, en outre, comment se prononcerait le juge dans le cas de la *legis actio sacramenti*. Déclarerait-il le *sacramentum* de l'un des plaideurs *justum*? Nous répondons que le juge était lié par la formule ; il obéissait à la *condemnatio* et prononçait une condamnation à une somme d'argent ; on évitait ainsi l'*arbitrium liti aestimandae*.

(2) *De Oratore*, I, 56, 237.

loi. A cela rien d'étonnant, si la doctrine de la procédure formulaire facultative est exacte, et si les plaideurs ont choisi la voie de la *legis actio*. Comment le comprendre, au contraire, dans le système du cumul de la *legis actio* et de la formule? Même si les parties n'ont pas prononcé correctement les formules solennelles, la formule écrite délivrée par le magistrat lie, en effet, le juge.

La première objection faite par nos adversaires ne porte pas, selon nous. En réalité, c'était la formule délivrée par le préteur, après la *conceptio judicii*, qui délimitait le débat, et donnait au juge ses instructions ; mais la dualité des formules solennelles prononcées par les parties et de la formule écrite délivrée par le magistrat ne doit pas plus nous étonner que la dualité du droit civil et du droit honoraire ; les premières formules correspondaient au droit civil, au droit, au sens propre du mot, la dernière à la pratique judiciaire. Nous ne revenons pas du reste sur l'utilité respective de la *legis actio* et de la formule, ni sur le remarquable caractère du droit romain, à la fois conservateur et progressiste.

Arrivons à la seconde objection.

Nous y ferons deux réponses.

D'après notre doctrine, la règle ancienne s'appliquait, quand aucune formule écrite délivrée par le magistrat n'était venue se superposer à la *legis actio*. Alors, mais seulement alors, l'erreur commise par l'un des plaideurs entraînait pour lui la perte du procès. Ainsi, même si le passage de CICÉRON devait être interprété comme on le fait, il ne condamnerait pas la théorie que nous avons exposée ; mais le passage de CICÉRON n'a nullement le sens qu'on lui attribue. L'auteur du *De Oratore* dit seulement que celui qui ne connaît pas la valeur exacte des termes de droit et des paroles solennelles employées dans les différents actes juridiques et dans les formules orales de la procédure, que celui-là est un mauvais avocat, et fait courir des risques sérieux à son client ; il s'agit

là de l'avocat, *patronus* et non pas du plaideur lui-même. En outre, on ne suppose nullement que les formules solennelles n'ont pas été correctement prononcées (1).

§ 8. — Système de la procédure formulaire facultative.

Pour terminer notre étude, il nous reste à exposer les deux doctrines entre lesquelles se partagent les auteurs qui ont étudié notre problème et à faire connaître les motifs, pour lesquels nous les repoussons, l'une et l'autre.

En 1888, M. Wlassak (2) défendit la première, celle qui explique la coexistence de la *legis actio* et de la formule, à l'époque de Cicéron, par le caractère facultatif de la procédure formulaire, antérieurement aux *leges Juliae*. Ce système eut et a encore un grand succès. C'est peut-être le plus répandu (3), sans que nous puissions cependant rien affirmer ; car, depuis quelques années, une réaction semble se produire en faveur des idées de M. Eisele et de M. Ed. Cuq.

D'après la doctrine que nous exposons en ce moment, les auteurs de la loi Aebutia voulurent faire une expérience. Ils créèrent une procédure nouvelle, la procédure formulaire, d'un caractère plus moderne que celle des *legis actiones :* mais ils n'abrogèrent pas cette dernière qui subsista.

En d'autres termes, la loi Aebutia organisa une sixième procédure-type, à côté des cinq autres, que connaissait la législation antérieure, sans imposer néanmoins aux plaideurs cette sixième procédure. Ces derniers reçurent seulement la

---

(1) Cf. A. Audibert, *Evolution des formules des actions familiae erciscundae et communi dividundo* (*Mélanges Ch. Appleton*, 6).

(2) *Röm. Processgesetze*, Leipzig, 1888, I 62-131. M. Mor. Wlassak, est revenu sur le sujet quatre années plus tard, *Subseciva*, V (*Grünhuts Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, XIX, Wien, 1892, 729 sq.).

(3) Bornons nous à citer : P. F. Girard, *Manuel*[7]..., 1054, 2 ; G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, 419.

faculté de choisir, sous le contrôle du magistrat, entre le recours à la *legis actio* et la demande de la délivrance d'une formule d'action. La liberté des parties n'était pas entière ; le magistrat exerçait un contrôle.

Ce caractère facultatif de la procédure nouvelle constitue, dit-on, le moyen le plus simple et le plus naturel d'expliquer la coexistence de la *legis actio* et de la formule.

C'est ainsi, du reste, ajoute-t-on, que la loi Silia donna au créancier de somme d'argent le choix entre la nouvelle *legis actio per condictionem* et l'ancienne *legis actio sacramenti in personam* (1).

Lorsque l'expérience eût prouvé la supériorité de la procédure formulaire, les *leges Juliae* abrogèrent les *legis actiones*, sauf dans des cas exceptionnels.

A l'appui de sa doctrine, M. Wlassak cite les textes que nous avons étudiés, textes qui montrent, dit-il, le concours de la *legis actio* et de la formule ; le *Pro Murena* XII, 25-26, relatif à la *legis actio sacramenti in rem* en matière de *rei vindicatio* et le passage des *Verrines* qui reproduit la *formula petitoria ;* le *De Natura deorum*, III, 30, 74 et les lignes 2 à 9 du Fragment d'Este (2) (*actio furti nec manifesti*, formule solennelle orale et formule écrite délivrée par le magistrat) ; le

(1) Cf. sur les procédures facultatives, Wlassak, *Processgesetze*, I, 103 sq. ; 206-235 ; II, 17, 19 ; Pauly-Wissowa, *Real Encyclopaedie*, v° *Centumvir*, VI. Renvoyons aussi à notre : *Explication du n° 173 du livre I, du « De Oratore » de Cicéron*, *Nouv. Rev. hist. du droit*, 1904 et 1905, et tirage à part, 18 sq., spécialement 51. D'après M. Wlassak, en matière de pétition d'hérédité, le demandeur avait d'abord le choix entre la compétence des centumvirs et celle du *judex unus* ; quand il préférait la première, il accomplissait les formalités de la *legis actio sacramenti in rem*, ou bien il s'en tenait à la *legis actio sacramenti in personam*, précédée d'une *sponsio praeiudicialis*. M. P. F. Girard, qui adopte la doctrine de M. Wlassak, s'appuie sur le § 95 du C. IV de Gaius, pour soutenir que les lois Silia et Calpurnia laissaient le choix aux parties entre la nouvelle procédure et les anciennes. Voyez *Manuel*[7]..., 1049, 1.

(2) *Textes*[5]..., de M. P. F. Girard, 79.

De Oratore I, 56, 237 et la *lex* de *Gallia Cisalpina* XXIII (1), à propos de l'*actio familiae erciscundae*.

Nous repoussons cette doctrine.

Nous reconnaissons que la pratique créa quelquefois, chez les Romains, à côté de la procédure régulière une autre procédure que les parties pouvaient suivre, si elles le préféraient.

C'est ainsi que l'*actio in rem per sponsionem* prit place à côté de la *legis actio sacramenti* (2).

Il n'y a, au contraire, à notre avis, aucun exemple de loi donnant le choix entre deux procédures.

Nous repoussons la conjecture, d'après laquelle, même après la loi Silia, le créancier d'une *certa pecunia credita* aurait pu agir, au moyen de la *legis actio sacramenti* (3).

Dans les nombreux textes que nous avons cités, on ne trouve pas trace d'une procédure facultative ; le chapitre LXI de la *lex Ursonensis* ou *lex coloniae Genetivae Juliae* est, à cet égard, frappant (4).

---

(1) *Textes*[5]..., de M. P. F. Girard, 77-78.

(2) Gaius, IV, 91, sq. Ajoutons que les partisans de la doctrine que nous combattons admettent le contrôle du magistrat, et que, par suite, ils ne peuvent se prévaloir de l'argument d'analogie, tiré de l'*actio in rem per sponsionem*.

(3) Gaius, IV, 13 : *Sacramenti actio generalis erat. De quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.* Ainsi, la règle : *sacramenti actio generalis erat*, ne s'appliquait que dans le silence de la loi, ce qui n'était pas ici le cas. Les textes montrent, en sens inverse, que pendant la période intermédiaire, une seule procédure pouvait être mise à profit par celui qui voulait se faire payer une somme d'argent rentrant dans la définition de la *pecunia credita*. Cicéron, *Pro Roscio com.*, IV, 10, V, 14 ; Loi Julia de la Table d'Héraclée, *l.* 45 ; *Lex de Gallia Cisalpina*, XXI. Il n'y a pas de raison pour qu'il en ait été autrement avant la loi Aebutia. En matière de pétition d'hérédité, la *legis actio sacramenti in rem*, accomplie *in jure* devant le préteur urbain constituait, à la fin de la république, la seule procédure régulière entre citoyens romains (Cicéron, *in Verr. Actio secunda*, I, 45, 115). Le § 95 du C. IV de Gaius, ne vaut que pour l'époque postérieure aux *leges Juliae*. Voyez notre *Explication du n°* 173 *du livre I du « De Oratore »* (tirage à part, 53, 1).

(4) Cependant, nous l'avons déjà dit, M. Wlassak admet le choix entre la *legis actio per manus injectionem* et une formule d'*actio judicati* civile.

Dans le *Pro Murena*, les critiques de CICÉRON auraient eu moins de portée, si la procédure tournée en dérision avait été librement choisie par les plaideurs.

Le chapitre XXI de la *lex de Gallia Cisalpina* et la *l.* 45 de la *lex Julia* de la Table d'Héraclée visent une procédure et non pas deux.

Les textes sur lesquels on s'appuie et qui prouvent, dit-on, le concours de la *legis actio* et de la formule, s'expliquent aussi bien par leur cumul.

Au moins faudrait-il excepter les *legis actiones* des causes centumvirales.

Même après les *leges Juliae*, la *legis actio sacramenti* devait nécessairement être accomplie *in jure* lorsque l'affaire devait être renvoyée devant le grand jury des centumvirs, c'est-à-dire, à notre avis, quand il s'agissait d'une pétition d'hérédité.

A plus forte raison en était-il de même dans la période comprise entre la loi Aebutia et les *leges Juliae*.

Arrivons à une dernière objection. La procédure formulaire l'aurait emporté plus rapidement, s'il avait suffi aux plaideurs de choisir, même sous le contrôle du magistrat, la sixième procédure. L'expérience, si expérience il y avait, n'aurait pas duré aussi longtemps. Or, nous l'avons dit, il s'est écoulé entre la loi Aebutia et les *leges Juliae*, au moins cent ans, peut-être près de cent cinquante ans (1).

§ 9. — DOCTRINE DU DOMAINE LIMITÉ DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE.

Un troisième système dont il nous reste à parler pourrait être appelé le système de la limitation de la procédure formu-

(1) Peut-être aussi pourrait-on ajouter que la doctrine de la procédure formulaire facultative ne cadre pas avec la présence d'un seul jurisconsulte dans la scène décrite par le *Pro Murena*. Quand les parties choisissaient la *legis actio*, il fallait que chacune d'elles fût également protégée contre les risques de la procédure.

laire à un domaine d'application restreint, celui de l'ancienne *legis actio per condictionem.*

D'après ce système, si, pendant notre période, il y eut, à la fois, des formules solennelles prononcées par les parties et des formules écrites délivrées par le magistrat, cela s'expliquait par ce fait, que certains procès s'engageaient au moyen de la *legis actio, per legitima verba*, et d'autres, au moyen de formules écrites, *per concepta verba.* La loi Aebutia partagea le domaine judiciaire entre les deux procédures. Quelquefois, c'était la *legis actio* qui s'imposait, quelquefois la procédure formulaire ; le choix entre elles n'appartenait nullement aux plaideurs.

Le domaine de la procédure formulaire se confondit d'abord, dit-on, avec celui de l'ancienne *legis actio per condictionem.* La loi Aebutia substitua la première à la seconde ; ce fut elle qui créa la formule de l'*actio certae creditae pecuniae* ou *condictio certae pecuniae*, et celle de la *condictio certae rei.*

En réalisant cette réforme, les auteurs de la loi Aebutia voulurent donner satisfaction aux besoins du commerce. Dans l'intérêt du crédit public, il est, en effet, désirable que le créancier puisse promptement et facilement se faire payer.

En sens inverse, les *legis actiones* autres que la *legis actio per condictionem* subsistèrent, même après le vote de la loi Aebutia; les nombreux textes cités le démontrent.

On s'appuie en faveur de la troisième doctrine sur le *Pro Roscio com.* IV, 11. Ce § cite la formule de l'*actio certae creditae pecuniae* ou *condictio certae pecuniae*, telle que la reproduit Gaius, au second siècle de l'ère chrétienne.

Puisque, du temps de la jeunesse de Cicéron, la formule existait en notre matière, on doit en conclure, prétend-t-on, que la *legis actio per condictionem* avait disparu.

Les partisans de la troisième doctrine insistent sur ce fait que nous possédons, pour notre période, des témoignages directs de l'existence de toutes les *legis actiones*, sauf de la *legis actio per condictionem.* Ce n'est pas là, disent-ils, un pur

hasard. Si les textes, si nombreux cependant pour cette époque, ne mentionnent pas la *legis actio per condictionem*, c'est que la loi Aebutia l'avait abrogée, tandis qu'elle laissait subsister les autres *legis actiones*.

On ne saurait, ajoute-t-on, admettre, avec M. Wlassak que la loi Aebutia n'abrogea aucune *legis actio*. Car Gaius dit : *sublatae sunt istae legis actiones*. Comme, d'autre part, elle ne les abrogea pas toutes, la solution proposée écarte toutes les difficultés.

On reconnaît qu'au premier abord il peut paraître surprenant que la loi Aebutia ait abrogé précisément la *legis actio* la plus moderne, celle qui devait paraître la moins gênante ; mais on répond que la question des dettes avait un caractère politique : suivant les circonstances, la législation favorisait, soit les débiteurs, soit les créanciers.

C'est dans l'intérêt de ces derniers qu'intervint la loi Aebutia. Elle supprima le délai de grâce de trente jours, résultant au profit du débiteur de la sommation préalable, *condictio*. Elle permit aux créanciers de se faire payer plus promptement.

Nous repoussons cette troisième doctrine (1) comme la seconde.

Le § 30 du C. IV de Gaius ne dit pas que, parmi les *legis actiones*, les unes ont été supprimées par la loi Aebutia, les autres par les *leges Juliae* : *aliae per legem Aebutiam, aliae per duas Julias sublatae sunt*, ce qui eût été, tout au moins, la façon la plus naturelle et la plus correcte de s'exprimer, si la doctrine que nous combattons était exacte ; il dit : *per*

(1) Cette troisième doctrine, soutenue pour la première fois, en 1889, par M. Eisele, *Abhandlungen zum röm. Civilprocess*, 79 sq., est admise par M. Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*[2], I, 286, 6, 287, 1 ; *Manuel...*, 852. Voyez aujourd'hui dans le même sens : H. H. Pflüger, *Causa iudicati*, *Zeitschrift der Sav.-Stift. für R. G.*, XLIII, *R. A.*, 1922, 167-168. Cf. J. C. Naber, *De formularum origine (Observatiuncula de jure romano*, CXVI, dans *Mnemosyne, Bibliotheca philologica batava, Nova Series*, XLIX, 1921, 159-160).

legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.

Le § 30 ne dit pas non plus que la loi Aebutia a abrogé directement des *legis actiones*, il dit que par l'effet combiné de la loi Aebutia et des *leges Juliae*, les *legis actiones* disparurent et que la procédure formulaire les remplaça.

Malgré les efforts de nos adversaires pour résoudre le problème, on ne s'explique pas que la *legis actio* la plus moderne ait été abrogée plus d'un siècle avant les autres (1).

Le motif invoqué justifierait, tout au plus, la suppression du délai de grâce, de la sommation unilatérale, de la *condictio :* il ne rend pas compte de la création d'une procédure nouvelle ; il n'explique pas la formule délivrée par le magistrat.

J'ajoute que les textes contredisent la troisième doctrine ; car, d'après elle, on ne devrait pas, avant les *leges Juliae*, trouver trace de formule écrite, en matière d'actions *in rem* ; or, nous l'avons vu, au début de la carrière de CICÉRON, le préteur urbain délivrait, en matière de *rei vindicatio*, la *formula petitoria* dont parle le § 92 du C. IV des *Institutiones* de GAIUS.

Quand, enfin, on prétend que la *legis actio per condictionem* avait disparu pendant notre période, il y a là une simple affirmation. Contrairement, à la vérité, à la quasi-unanimité de la doctrine, nous avons essayé de démontrer que les textes

(1) Parmi les partisans de cette troisième doctrine, M. DE VISSCHER, occupe une place à part. *Condictio*, 26. D'après cet auteur, la loi Aebutia n'abolit aucune *legis actio* : « mais la *legis actio per condictionem*, grâce à l'équivalence parfaite et évidente de la formule, dut être la première des actions de la loi, à disparaître de la pratique. C'est ce qui explique le silence de nos sources en ce qui concerne la *legis actio per condictionem* après l'avénement de la nouvelle procédure ». Nous répondons que les sources ne nous semblent pas muettes, que le *Pro Roscio comoedo*, V, 12 fait allusion à une formule solennelle prononcée par le demandeur, et que la *sponsio tertiae partis* se comprend mieux si elle constitue un élément de la *legis actio*.

prouvent le maintien de la *legis actio per condictionem* jusqu'aux *leges Juliae*.

En tout cas, nos adversaires se servent d'un argument *e silentio* (1), qui ne doit pas entrer en ligne de compte.

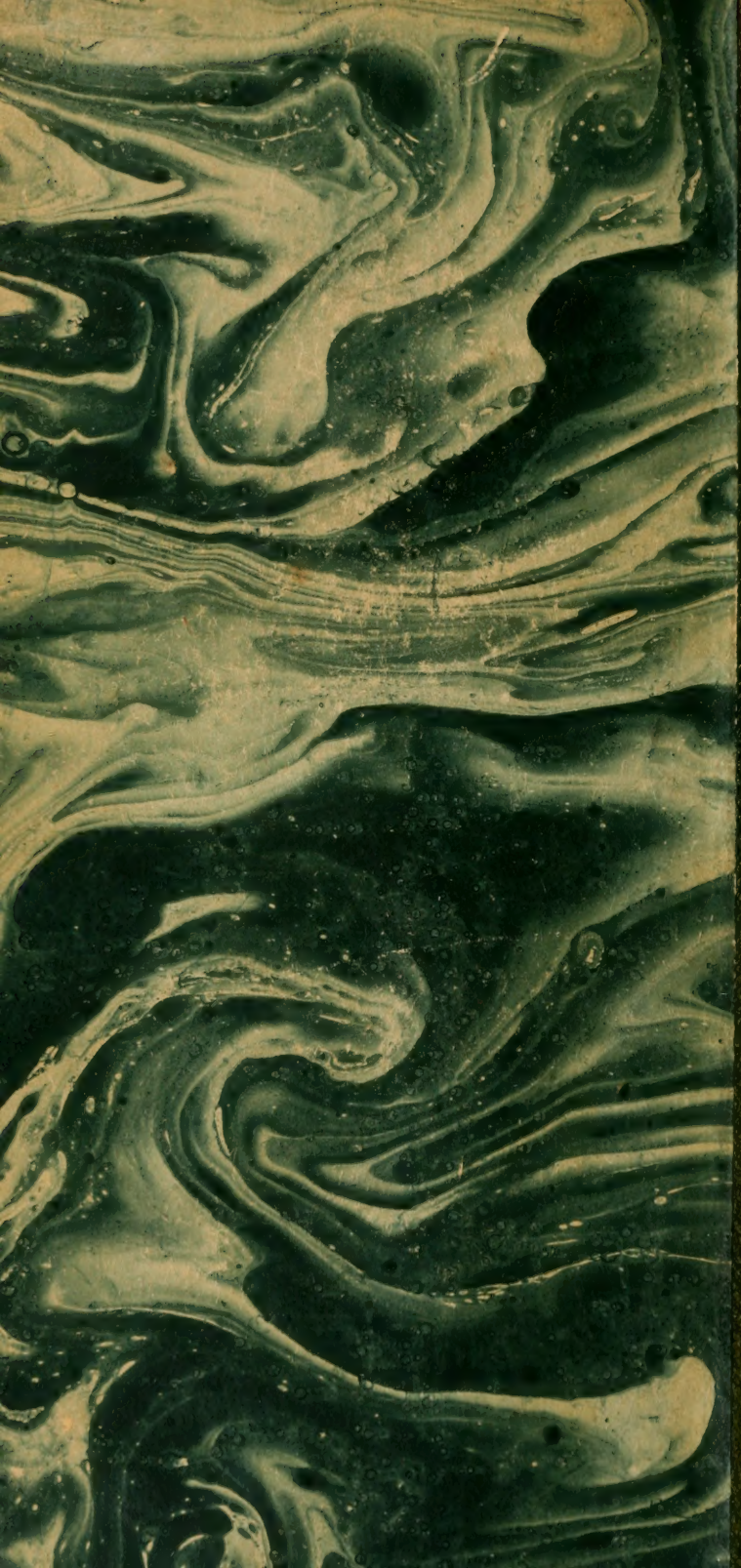
Même si les textes étaient muets, ce que nous nions, il n'en résulterait aucunement la preuve de la disparition de la *legis actio per condictionem* pendant la période intermédiaire.

Pour tous ces motifs, nous repoussons la troisième doctrine comme nous avons repoussé la seconde, et nous nous en tenons au système du cumul de la *legis actio* et de la formule, qui nous paraît le plus conforme aux textes et à l'histoire générale du droit romain.

Emile Jobbé-Duval

(1) Conf. : Ch. Appleton, *Trois épisodes de l'histoire ancienne de Rome*, *Revue historique du droit*, 1924, 642.

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
Under Pat. "Ref. Index File"
Made by LIBRARY BUREAU